

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فروع أسقوط

مجلة علمية شرعية قانونية محكمة



العدد الثاني عشر - الجزء الأول
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسبوط



علمية شرعية قانونية محكمة



العدد الثاني عشر

الجزء الأول

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: « إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادَةِ الْعُلَمَاءِ ».



وقال رسول الله ﷺ: " من يرد الله به خيراً

يفقهه في الدين " متفق عليه.

أسرة التحرير

رئيس التحرير : أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا . عميد الكلية

نائب رئيس التحرير: أ.د./ حسين عبد المجيد حسين وكيل الكلية

لجنة التحرير:

- ١- أ.د/ محمد هاشم محمود عمر.
- ٢- د./ صلاح الشيخ إبراهيم.
- ٣- د./ صلاح أحمد عبد الرحيم.
- ٤- د./ سيد حسن عبد الله .
- ٥- سكرتير التحرير: السيد / محمد طارق على .

هيئة تحكيم المجلة: للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالي :

أولاً: الفقه:

- ١- أ.د./ محمد عبد العزيز العزب عزام ٢- أ.د./ محمد أحمد الدهمي
٣- أ.د./ محمود على أحمد إبراهيم ٤- أ.د./ يوسف محمد قاسم
٥- أ.د./ نصر فريد محمد واصل ٦- أ.د./ يس شاذلي شاذلي

ثانياً: أصول الفقه:

- ١- أ.د./ محمد محمد عبدلطيف جمال الدين ٢- أ.د./ عبد الجليل سعد القرنتشاوي
٣- أ.د./ عبد الفتاح حسيني الشيخ ٤- أ.د./ رمضان عبد الودود عبد التواب
٥- أ.د./ صبرى محمد عبد الله معارك ٦- أ.د./ عثمان محمد عثمان
٧- أ.د./ عيسى عليوة زهران

ثالثاً: الفقه المقارن:

- ١- أ.د./ محمد رأفت عثمان درويش ٢- أ.د./ محمود عبد العكاري
٣- أ.د./ على أحمد على مرعى ٤- أ.د./ أحمد على طه ريان
٥- أ.د./ المرمى السماحي ٦- أ.د./ رشاد حسن خلى

رابعاً: القاتون الخاص:

- ١- أ.د./ جمال طه العاقل ٢- أ.د./ عبد الرازق حسن فرج
٣- أ.د./ ثروت على عبد الرحيم ٤- أ.د./ نزيه صادق المهدي
٥- أ.د./ عبد الحكيم السيد أحمد شرف

خامساً القاتون العام:

- ١- أ.د./ جعفر عبد السلام على
- ٢- أ.د./ سامح السيد أحمد إبراهيم
- ٣- أ.د./ إسماعيل إبراهيم حسين البنوي
- ٤- أ.د./ فؤاد محمد النادى
- ٥- أ.د./ محمود نجيب حسنى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

افتتاحية العدد

" الحمد لله العلى الأكرم، الذى " علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم " وصى الله على من أوتى جوامع الكلم، سيدنا محمد شمس العلوم ، ومنبع الحكم، وعلى آله وصحبه وسلم "

أما بعد — أيها القارئ الكريم — فبين يديك العدد الثانى عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، وهو يتضمن طائفة من البحوث المقارنة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية جادت بها قرائح بعض أعضاء هيئة التدريس بالكلية وغيرهم، وهى بحوث محكمة تحكيما علميا دقيقا، سعيًا منا وراء الجودة والاتقان.

والله ﷻ نسأل أن نكون هذه البحوث إثراء للمكتبة الشرعية والقانونية ، كما نسأله — تعالى — التوفيق إلى ما يحبه ويرضاه، إنه سميع الدعاء .

عميد الكلية ورئيس التحرير

أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا

محتويات الجزء الأول

٢٠	عنوان البحث	المؤلف	رقم الصفحات	
			من	إلى
١	أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة	د./ أحمد عبد الحى	١٠	١٧٧
٢	التكييف الفقهي للإقالة دراسة مقارنة	د./ على أحمد على مرعى	١٧٨	١٩١
٣	الاحتكار ووسائل معالجته دراسة فقهيّة مقارنة	د./ جمال محمد يوسف	١٩٢	٢٧١
٤	أحكام العقوبة فى ضوء الفقه الإسلامى	د./ اشرف محمود محمد الخطيب	٢٧٢	٣٣٧
٥	خيار الإجازة لتصرفات الفضولى	أ.د./ على أحمد مرعى	٣٣٨	٣٦٠
٦	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأصوليين	د./ عبد المميع فرج الله	٣٦١	٥٤٥
٧	الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق	د./ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام	٥٤٦	٨٠٢
٨	القول المبين فى التعليل عند الأصوليين	أ.د./ محمد عبد العاطى محمد على	٨٠٣	٨٥٧

أحكام الخصاصة
في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

إعداد

الدكتور / أحمد عبد الحى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، أحمدوه وأشكروه على آلائه راجياً الزيادة.
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له عالم الغيب والشهادة.
وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله للمرسل رحمة
للعالمين وعلى آله وصحبه نجوم الهدى ومصابيح الرشاد صلاة وسلاماً
أرجو بهما في الدارين قربه وامداده.

وبعد ” ”

فهذا بحث أجمع فيه مسائل الحضنة وما يتعلق بها من أحكام في
الفقه الإسلامي والذي دعاني إليه هو ما يحدث من نزاع واختلاف في
حضانة الولد عند افتراق الزوجين بسبب عدم معرفة الغالبية العظمى من
الناس بهذه الأحكام، وعدم تيسر معرفتها راجع إلى عدم التفقه في الدين،
وحتى من يرغب في معرفة ذلك لا يستطيع لعدم قدرته على سبر أغوار
الأمهات من كتب الفقه لعدم إلمامه بأساليبها أو لعدم توافرها.

لذا فقد استخرت الله سبحانه، واستغثت به في أن أكتب هذا البحث
- المتواضع - أجمع فيه كل ما يتعلق بالحضانة من أحكام عند افتراق
الأبوين والصبي صغير أو زمن أو مجنون حتى يبلغ عاقلاً فترتفع عنه
الحضانة ويستقل بأموره - راجياً أن يوفقني الله في ذلك فهو حملي
ونعم الوكيل.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة.

أما التمهيد فذكرت فيه تعريف الحضانة وحكمها، ومتى تتعين، ومن تثبت عليه ومن لا تثبت.

وأما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن شروط استحقاق الحضانة وقسمته إلى خمسة مباحث:-

المبحث الأول : القدرة على الحضانة.

المبحث الثاني : أمانة الحاضن.

المبحث الثالث : إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: السفر وأثره في سقوط حضانة الأنثى.

وأما الفصل الثاني: فقد تحدثت فيه عن مراتب المستحقين

للحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أفراد النساء بالحضانة.

المبحث الثاني: أفراد الرجال بالحضانة.

المبحث الثالث: اجتماع الرجال والنساء.

وأما الفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن نفقة المحضون ولأجر

الحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون.

المبحث الثاني: رضاع المحضون.

المبحث الثالث: أجره للحضانة والمسكن.

وأما الخاتمة — نسأل الله حسننها — فقد ذكرت فيها أهم النتائج التي خرجت بها من البحث، وأخيراً ذكرت أهم مصادر البحث ثم فهرس عام للموضوعات.

وبعد :

فقد بذلت في هذا البحث قصارى جهدى فإن لُكن قد وفقت فمن الله وله الحمد وإن كانت الأخرى فحسبى لأننى بشر قد أجتهد فأخطأ فيكون لى أجر المحاولة، والله أسأله أن ينفع بما فى هذا البحث كل من يقرأه وأن يغفر لى ما فيه من هفوات.

(ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير)

دكتور/

أحمد عبد الحى محمد

توهيد

أولاً: تعريف الحضانة:

١- تعريفها في اللغة:

للحضانة في اللغة معنيين:

الأول:

جعل الشيء في ناحية، يقال حضن الرجل الشيء أى اعتزله وجعله في ناحية منه، وحضن فلاناً عن حاجته حبسه ومنعه^(١).

الثاني:

الضم إلى الجنب يقال حضنته إذا ضمته إلى جنبك، وهى مأخوذة من الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان والجمع أحضان، والاحتضان هو احتمالك للشيء وجعله فى حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فى أحد شئيهما.

ومن ذلك حضن الطائر بيضه وعلى بيضه إذا وجن عليه وضمه إلى نفسه تحت جناحه للتفريخ، وحضن الصبى يحضنه حضناً إذا رباه. والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيان.

كما يسمى المكان الذى يحضن فيه الولد محضن، والحضانة بالفتح فعلها^(٢).

(١) القاموس المحيط ٢١١/٤، بدق لصنّاع ٤٠/٤.

(٢) المصدرين السابقين، المعجم الوسيط ١٨٨/١، النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب

٢٠٦٩/٢، البحر الرائق ١٧٩/٤، ١٨٠، مواهب الجليل ٢١٤/٤، المبدع فى شرح المقنع

٢٣٠/٨، شرح الكنز ١٨٤/١.

تعريفها في الاصطلاح:

وردت الحضانة^(١) عند الفقهاء بألفاظ مختلفة نذكر منها:
للحنفية^(٢): أنها ضم الأم ولداها إلى جنبها وإعترالها إياه من أبيه ليكون
عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.
وللمالكية^(٣): هي حفظ الولد والقيام بمصالحه في مبيته وذهابه ومجيئه
وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.
وللشافعية^(٤): هي تربية الطفل ومراعاة مصالحه في وقت يعجز ولا
يميز بين ضررها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين.
والحنابلة^(٥): هي حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهم وتربيتهم
بعمل مصالحهم من غسل بدنهم ودهنهم وربط طفل بمهد
وتحريكه لينام ونحوه.
وللزيدية^(٦): هي حفظ المولود وتربيته.
بعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء للحضانة فإننا نلاحظ الآتي:

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الحضانة والكفالة إذ هما بمعنى واحد خلافاً للشافعية حيث
يجعلون الحضانة هي الحفظ والإصلاح فيما قبل بلوغ الصبي سبع أو ثمان سنين والكفالة هي
حفظه فيما بعد ذلك.

(٢) البدائع ٤٠/٤.

(٣) مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٤) الحاوي للكبير ٤٩٨/١١.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

(٦) البحر الزخار ٢٨٤/٤.

- أ- جميع هذه التعاريف اتفقت مع التعريف اللغوي في معناه الثاني فسي جعل الحضانة هي الضم إلى الجنب وإن زادت عليه بعض القيود.
- ب - أن تعريف الحنفية يوهم أن الحق في الحضانة مقصور على الأم وهو غير مراد إذ الحضانة كما تكون للأم تكون لغيرها عند عدمها أو سقوط حقها.

كما أنه التعريف الوحيد من التعاريف الفقهية الذي يتوافق مع المعنيين اللغويين للحضانة ثم إنه التعريف الوحيد الذي يجعل للحاضنة الاعتزال بالطفل بعيداً عن أبيه أما غيره فلم يشر إلى ذلك.

ج- أما تعريف الشافعية فيؤخذ عليه أنه قصر الحضانة على ما دون السبع، أما الرعاية والحفظ بعد السبع فيسمونه كفالة مع أن كلا منهما رعاية وحفظاً أيّاً كان المسمى.

لذلك فإنني أرى أن الأولى في تعريف الحضانة أن نقول هي حفظ الولد ورعايته والقيام بما يصلحه في كل أموره.

ثانياً: حكم الحضانة:

أجمع أهل العلم^(١) على أن حضانة الأطفال الصغار فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقيين^(٢) وإنما كانت الحضانة بالنسبة لهم فرضاً لأنهم خلق ضعيف يفتقرون إلى من يكفلهم ويربهم حتى يقوموا

(١) نقل هذا الإجماع عن ابن رشد يراجع مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٢) رد المحتار ٦٧٠/٢ ، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

بأنفسهم، ولأن في تركهم بدون كافل مظنة الهلاك، فكان حفظهم عن الهلاك واجباً، كما كان الإنفاق عليهم واجباً^(١).

ثالثاً: تعيين الحضانة:

إذا تعدد المستحقين للحضانة فإنها لا تتعين على أحد بل تكون واجباً كفاثياً إذا قام به البعض سقط عن الباقيين^(٢).

أما إذا انفرد المستحق للحضانة فمما لا خلاف عليه أنها تتعين عليه كان قريباً للمحزون أو أجنبياً عنه.

وأول من تتعين عليه هو الأب حيث اتفق الفقهاء على أنه يجبر على نفقة الولد ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه فإذا امتنع عنه أجبر عليه.

كما تتعين الحضانة على الأم، إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون للصغير أب أو ذي رحم محرم وأن يكون ذلك في حولى رضاعه ولا مال له، أو يكون له مال لكنه لا يقبل ثدى غيرها، فإذا توافرت هذه الشروط تعينت الحضانة عليها فإن امتنعت فإنها تجبر عليها حتى لا

(١) لا فرق في وجوب الحضانة بين حال قيام النكاح وبعد انتهائه إذ تربية الولد ورعايته تسمى حضانة في كلا الحالتين غير أن الغالب أن لا يحدث الخلاف بين الزوجين على تربية الولد إلا بعد الافتراق فاحتجج إلى معرفة أحكامه فعند إطلاق لفظ الحضانة فإنه ينصرف إلى تربية الولد ورعايته بعد افتراق الزوجين، حاشية رد المحتار ٦٣٣/٢.

(٢) فإذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً فإنه يجب عليهم التقلطه وحضنه ويكفى أن يقوم بذلك واحد كماتر فروض الكفالية - الفواكه الدواني ١٠٢/٢.

بضيق الولد^(١) أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد اختلف في جبرها على قولين:

الأول:

لا تجبر عليها^(٢) وذلك لأمرين أحدهما: أن الحضانة حق لها والإنسان لا يجبر على استيفاء حقه، وثانيهما: أنها قد تعجز عنها فتكون في جبرها عليها تكليف لها بما لا تطيق وهو مدفوع.

الثاني:

تجبر عليها لأن حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا القولين نجد أن هذا الخلاف لا يترتب عليه كبير أثر إذ من قال لا تجبر لأن الحضانة حقها قوله محمول على ما إذا لم تتعين، واقتصر على جعل الحضانة حقها لأن المحضون لم يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها.

ومن قال تجبر لأن الحضانة حق المحضون فهو محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حق للمحضون لعدم وجود من يحضنه

(١) نقل هذا القول عن بعض الحنفية وعليه الفتوى — كما قال به الشافعية والحنابلة والزيديّة — البحر الرائق ١٨٠/٤، كلبوي وعصرة ٩١/٤، المغني ٢٢٤/٧، المسيل للجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

(٢) هو اختيار السمرقندي والهندواني من الحنفية — منحة الخالق مع البحر ١٨٠/٤، فتح القدير ٣٦٨/٤.

غيرها، وبناء عليه فإن الأم لا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت لتصور الصبي بتركها.

رابعاً: من تثبت عليه الحضانة وقت ثبوتها:

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ثبتت حضانتها لمن هم مشفقون عليه، أما البالغ العاقل الرشيد فلا حضانة عليه لأحد لاكتفائه بنفسه واستغنائه عن أحد يكفله وهو مأمون فلم يكن لأحد عليه سبيل.

أما الصغير والمجنون فإنما ثبتت الحضانة عليهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم فكانوا في حاجة إلى من ينظر إليهم ويقوم بمصالحهم حتى لا يهلكوا أو يضيعوا.

وإذا ثبتت الحضانة عليهم فإنها تستمر إلى أن يبلغ الصغير ويعقل المجنون^(١).

وإنما توقفت هذا الحق بالبلوغ لأن الولاية على الصغار تزول بالبلوغ كولاية المال، ولأنه يكتفي بنفسه عند كمال التمييز والقوة فتزول عنه الكفالة.

هل يخلو سبيل المحضون بمجرد البلوغ؟

يفرق بين الذكر والأنثى.

(١) للبدائع ٤/٤٣، التاج والإكلیل ٤/٢١٤، الحاوي ١١/٥٠٠، المغني ٧/٦١٤، المحلى

فإذا كان المحضون ذكراً فإن بلغ عاقلاً واجتمع رأيهم واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فإنه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء ويكون له الخيار في الاستقلال بنفسه أو المقام عند من شاء من أبويه.

لكن يستحب له عدم مفارقتها حتى لا يقطع بره بهما.

أما إن بلغ وكان غير مأمون عليه، فإن للأب ولغيره من العصابات أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله^(١)، كي لا يكتسب شيئاً يضره، ولأن للأب ولاية ماله عند بلوغه مبذراً فكان له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه لأنه يعير بفساد ولده، ولأن الله يقول ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(٢) ولأن ذلك من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمنع من فعل المنكر واجب على كل من قدر عليه لا سيما من يلحقه عاره.

ويرى الشافعية في المذهب^(٣) أن له أن يسكن حيث شاء حيث لا ريبة وولاية ماله للأب ما لم يكن أمراً.

أما إن كان المحضون أنثى فقد اختلف العلماء في جواز استقلالها بنفسها بالبلوغ كالذكر وعدم استقلالها وحاصل خلافتهم يتمثل فيما يأتي:

(١) البحر الرائق ١٨٦/٦، المبسوط ٢١٢/٥، رد المحتار ٦٤١/٢.

(٢) بعض آية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الأقناع وتقريرات للشيخ عوض عليه ١٩٧/٢.

١- يرى الشافعية:

أن الأولى أن تكون عند أحد أبويها حتى تتزوج لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاعت مع الكراهة^(١) وذهب ابن حزم إلى جواز استقلالها بغير كراهة^(٢).

يقول ابن حزم ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك ولا لمراعاة زواج الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله وقد تزوج وهى فى المهد وقد لا تتزوج وهى بنت تسعين سنة ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن الزواج لم يزلها عقلاً لم يكن ولا صلاحاً لم يكن.

وبمثل ما ذهب إليه الشافعية قال الحنفية^(٣) فى الثيب إذا لم تكن ربية لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " ليس للولى مع الثيب أمر"^(٤).

أي فى التفرد بالمسكنى، ولان ثبوت الولاية عليها كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأى وعقل.

(١) هذا فى البكر فقط أما الثيب فلا كراهة فى انفرداها إذا لم تكن ربية، روى عن الشافعى قال أكره للجارية ويراد بها البكر، أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لأنها يسبق إليها ظنه أو تتوجه إليها تهمة، الحاوى الكبير ٥٠٠/١١، ٥٠١ المجموع ٢٢١/٢، الاقناع ١٩٧/٢.

(٢) المطى ٣٣١/١٠.

(٣) بدائع الصنائع ٤٣/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود فى السنن ٢٣٩/٢، السنن الكبرى للبيهقى ١١٨/٧.

وذهب المالكية^(١) والحنابلة^(٢).

إلى أن الأنثى لا تنفرد ولا يخلو سبيلها أحبت أم كرهت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ولأبيها منعها وإن كانت مأمونة على نفسها إذ هي مطمع لكل طامع ولم تختبر للرجال ولا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

وإن لم يكن لها أب كان لوليها منعها من ذلك وضمها إلى نفسه. وذهب الحنفية إلى أن الأنثى البكر إذا كانت غير مأمونة على نفسها وكذلك الثيب إذا كانت حديثة السن لا تستقل بنفسها وتظل في ولاية الأب أو الجد^(٣) إذ في تركها بغير ولاية تعريض لها للفتنة وفي ذلك من الضرر ما فيه.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء في استقلال الذكر والأنثى بنفسه بعد البلوغ أو عدم استقلاله فإنني أرى أن للذكر إن كان مأمونا عليه لبلوغه عاقلاً رشيداً الاستقلال بنفسه فيسكن حيث شاء لكن يستحب له أن لا يقطع بره عن أبويه جميعاً سواء سكن مع أحدهما أو استقل عنهما، أما إن بلغ غير رشيد أو كان غير مأمون عليه لكونه أمراً فإنه لا يستقل

(١) التاج والإكليل ٢١٤/٤، حاشية الدسوقي ٥٢٦/٢.

(٢) المغنى ٦١٤/٧.

(٣) أما غيرها من العصابات فلا يمكن من ضمها إلا إذا كان مأمونا عليها فإن لم يكن كان للقاضي أن يضمها إلى امرأة أمينة عليها قادرة على حفظها أو يخليها تنفرد بالسكنى عند الأمن عليها. منحة الخالق والبحر الرائق ١٨٦/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

بنفسه بل يجبر على المقام مع أحدهما أو مع أحد العصابة المأمونين وذلك لمنع الفتنة ودفع الضرر عنه وعن من يلحقه عاره.

أما الأنثى فإن بلغت رشيدة ثيباً كانت أم بكرأ فإن الأولى أن تكون عند أحدهما لأنه أبعد للتهمة ويتأكد ذلك إن كان ثم ربة في استقلالها حيث تجبر على المقام مع أحدهما أو مع وليها من العصابة إن كان محرماً لها، ويصدق الولي بيمينه في دعوى الربة ولا يكلف البينة لأن اسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة.

فإن لم يكن أحد من أوليائها كان للحاكم أن يمنعها من الاستقلال ويسكنها حيث يشرف على أمرها أو يضعها عند امرأة مأمونة.

الفصل الأول

شروط استحقاق الحضانة^(١)

بشترط في مستحق الحضانة جملة من الشروط، إذا توافرت كان على حقه في حضانة الطفل وإذا عدمت أو منع منها مانع سقط حقه فيها، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف ونتعرض لدراسة هذه الموانع في جملة من المباحث.

المبحث الأول: أن يكون قادرا عليها.

المبحث الثاني: أن يكون أمينا.

المبحث الثالث: إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: عدم السفر للمحضون.

(١) إن قام بأحد المستحقين للحضانة ما يمنعه عنها، كالجنون والصبي أو العاقل، أو العجز أو الكفر أو زواج المرأة بغير ذي محرم من المحضون أو سفر الحاضن ونحو ذلك من كل ما يمنع من الحضانة فعند زواله يعود إلى حقه فيها، فلو عقل المجنون وبلغ الصبي وأسلم الكافر وعاد المسافر وطلقت المرأة فإنه يعود حقهم فيها. البدائع ٤/٤٢، مواهب الجليل ٤/٢١٧، المهذب ٢/١٦٩، الكافي ٣/٣٨٤، السيل الجرار ٢/٤٣٩.

المبحث الأول

القدرة على الحضانة

إذا فقد المستحق للحضانة الأهلية أو كان غير قادر عليها فإنه يسقط حقه فيها، وفقدان الأهلية يتمثل في عدة أمور نبحثها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

الجنون والصغر

يشترط في مستحق الحضانة أن يكون عاقلاً^(١) فإن كان مجنوناً مطبقاً أو كان بحيث يجن أحياناً ويفيق في أحيان أخرى أو كان صبياً ولو مميزاً فلا حق له في الحضانة " وكذا كل من بعقله نقص يمنعه من القيام بحق المحضون فلا حق له في الحضانة لعدم أهليته، ويستوى في ذلك الذكر والأنثى^(٢).

وذلك لأن الحضانة ولاية ومن به جنون ليس من أهلها، وكذلك الصبي ليس من أهلها ثم إن الصبي والمجنون في حاجة إلى من يكفلهما فلم يجز أن يكون واحداً منهما كافلاً.

(١) كما يشترط هذا الشرط في الابتداء فإنه يشترط للدوام والامتداد فلين جن حال قيامه بالحضانة سقط حقه فيها.

(٢) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخلق ١٧٩/٤، التاج والاكلیل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع الدرر المنوقی ٥٢٨/٢، حاشية قلیوبی وشرح المحلی ٩٠ / ٤، المغنی ٦١٢/٧، المسیل الجرار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣، تكملة المجموع ٢٢٢/٢٠.

ثم إنه يخشى على الصبي من جنونه فكان في ثبوت الحضانة له ضرراً بالصبي وهو ممنوع لمخالفته لشرعية الحضانة حيث شرعت لمصلحة الصبي لا لضرره.

المطلب الثاني

العاة المضرة

إذا كان مستحق الحضانة به عاهة يخشى منها على المحضون كفاحش الجزام والبرص وشبههما من كل مرض يخشى أن يلحق المحضون بسببه الضرر سقط حقه في حضانة الصبي^(١).
إذا هي ما ثبتت إلا لمصلحة الصبي، فإذا قلنا بأحقية في حضانة الطفل مع تحقق الضرر لكان ثبوتها مخالفاً لشرعيتها وهو ممتنع.

(١) التاج والإكليل ٢١٦/٤، المشرح الكبير مع حاشية المنسوق ٥٢٨/٢، الإجماع في حل ألفاظ أبي شجاع ١٩٦/٢.

المطلب الثالث

العجز عن القيام بحق المحضون

يشترط فيمن له الحق في الحضانة أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون من كل ما يصلحه ويعود عليه بالنفع ، فإن كان عاجزاً عن ذلك سقط حقه فيها^(١) وأوجه العجز كثيرة نذكر منها:

أ- المرض:

فإذا كان من له الحق في الحضانة مريضاً مرضاً يشغله عن أحوال المحضون كالفالج والسل وشبههما سقط حقه في الحضانة لقصوره عن مراعاة المحضون وتربيته، هذا إذا كان يقوم بمصالحه بنفسه، فإن كان له من يقوم بمصالحه، ويمكنه مراعاة الصبي فلا يسقط حقه فيها لعدم تضرر الصبي بذلك.

هذا عن المرض الدائم، أما المرض الطارئ الذي يرجى زواله فلا يعد مانعاً له عن حق الحضانة لأن ذلك لا يعد عجزاً مستمراً.

ب- الهرم:

إذا كان من له حق الحضانة شيخاً فانياً أو أنثى تقدمت بها السن وليس لهما من يقوم بمصالحهما فلا حق لهما في حضانة الطفل لعجزهما إذ من بلغ هذا المبلغ لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف

(١) رد المحتار ٢/٦٢٣، منحة الخلق ٤/١٧٩/١٨١، الشرح الكبير وحاشية النسوفي ٢/٥٢٨،

الحاوي ١١/٥٠٢، الاقتاع ٢/١٩٦، قليوبي ٤/٩٠.

يقوم بأمور غيره، أما إن كان عندهما من يقوم بهما ويرعى
شئونهما فلا يسقط حقهما فيها لعدم لحوق الضرر بالصبي.

ج العمى والصمم:

إذا كان الحق في الحضانة لأعمى أو أصم وأمكنهما حفظ الطفل
ورعايته بقيا على حقهما فيها لعدم العجز، وإن لم يمكنهما تدبير
أمرهما بأنفسهما ولم يكن لهما من يقوم بهما فلا حق لهما فيها
لعجزهما عن حفظ الصبي ورعايته، لأن من لا يرفع نفسه كيف
له أن يرفع غيره.

وللشافعية^(١) في حضانة الأعمى قولان: أحدهما وهو الظاهر عدم
سقوط حضانته مطلقا كان متمكنا من حفظ الطفل أولاً، له من يقوم
بمصالحه أولاً.

والثاني: سقوط حضانته بكل حال.

والأولى هو التفريق بين من يمكنه رعايته وحفظه فيبقى على حقه
ومن لا يمكنه ذلك فلا يحق له.

(١) قليوبي ٩٠/٤، الاقتناع ١٩٦/٢.

المبحث الثاني

أمانة الحاضن

يشترط في المستحق للحضانة أن يكون أميناً، فإن كان فاسقاً بأن كان غير مؤتمن على المحضون.

فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضائنه وفيما يفسق به وبيان ذلك في مطلبين:-

المطلب الأول

ما يعد فسقاً تسقط به الحضانة

اختلفت عبارات الفقهاء فيما يعد فسقاً يسقط عدالة المستحق للحضانة إلا أنها جميعاً لا تخرج عن أن المراد بالفسق هو ما يتضرر به الولد وإليك بعض من آرائهم.

فالحنفية يرون:

أن الفسق الذي يسقط الحق في الحضانة هو فسق يضيع الولد به، وهو باطلاقه ينتظم جميع أنواع الفسق من زنا^(١) ومردة وغناء ونياحة حتى لو تركت الصلاة، إذ كل ذلك فسق يضيع به الولد فيسقط حق صاحبه في الحضانة.

(١) قصره بعض الحنفية على الزنا لإنشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل أما غيره فلا، لأن الذممة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأتيان فالفسقة للمسلمة أولى، والأصح عدم قصر الفسق على الزنا، لأن الذممة إنما تقع ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده ديناً لها فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة، منحة للخلاق على البحر ١٨١/٤، حاشية ابن عابدين ٢/٢٣٣، ٦٣٤، حاشية الطائي مع شرح الكنز للعيني ١/١٨٤.

وقريب من هذا ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن الفسق كما يكون بالزنا يكون بالشرب والغناء وكل لهو محرم يقول الدردير^(١) عند بيان شروط الحضانة والأمانة في الحاضن أمأ أو أبأ ففى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم.

فالمراد بالأمانة عندهم حفظ الدين، وإن كان فى الأصل حفظ المال والدين معاً.

ويرى الشافعية^(٢) أن الفاسق هو من ارتكب كبيرة كالغصب والسرقه والقذف وشرب الخمر، والزنا سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه، أو أصر على صغيرة، كما يعد تارك الصلاة فاسقاً عندهم غير أنهم يقولون يكتفى فيمن يستحق الحضانة بعدالة الظاهر فقط فلا يكلف الثبوت عند القاضى^(٣).

وخلاصة أقوال الفقهاء فى هذا الأمر أنه يشترط عدم فسق الحاضن وأن الفاسق هو من يخشى أن يلحق ضرره بالمحضون والذي يرتكب الزنا أو السرقة أو الشرب يخشى ضرره على المحضون كما أن من يديم الغناء أو الرقص وكل لهو محرم يخشى ضرره على المحضون، كما أن تارك الصلاة يخشى ضرره على المحضون وبالتالي

(١) الشرح الكبير مع حاشية النسوى ٥٢٨/٢.

(٢) المهذب ٢٢٤/٢، قلوبى وعيرة على شرح المحلى ٩٠/٤ تقريرات الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٥/٢.

(٣) فلو ادعى أحدهما فسق صاحبه لينفرد بالحضانة باسقاط حق الآخر لم يقبل قوله ولم يكن له إحلافه عليه، ويظل على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعى الفسق بينة عليه. للنسوى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، الحلوى الكبير ٥٠٣/١، ٥٠٤.

يسقط حق من اتصف بشئ من ذلك في حضانة الطفل لعدم عدالته عند الجمهور من أهل العلم.

المطلب الثاني

الخلافة في سقوط حضانة الفاسق

يرى جمهور أهل العلم^(١) اشتراط عدالة المستحق للحضانة فإن كان فاسقاً سقطت حضانتة ولو كان أباً أو أمّاً، وإذا سقطت حضانتة نفسه انتقلت إلى من يستحقها بعده وذلك لأن الحضانة من باب الولاية، والعدالة شرط في استحقاق الولاية، فكانت شرطاً في استحقاق الحضانة. ولأن من كان بهذه الصفة - الفاسق - لا يوفى الحضانة حقها، ثم إنه لاحظ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، إذ ربما اقتدى الولد بفساده لاقتترانه به ونشوءه معه. كما أن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح غيره أشبه.

وذهب ابن حزم الظاهري^(٢) إلى أن للأُم الفاسقة الحق في حضانة الصغير مدة الرضاع، فإذا بلغ مبلغ الفهم والاستغناء فلا حضانة لها لقوله تعالى: ﴿ وَنَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ ﴾^(٣).

(١) منحة الخالق ٤/١٨١، رد المحتار والدر المختار ٢/٦٣٣، ٦٣٤، التاج والاكليد ٤/٢١٦،

الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٥٢٨.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣.

(٣) بعض آية ١٢٠ من سورة الأنعام.

وقبل أن يصل إلى حد الفهم لا لثم، وعند بلوغه حد الفهم يجب نزع عنها لأن في ذلك ترك لظاهر الإثم وباطنه.

وذهب الحنابلة في رواية وهو قول الشوكاني والصنعاني^(١) إلى أنه لا يشترط عدالة الحاضن فلا تسقط حضنته بفسقه، لأن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا في كل أمر، واعتبارها في الحضنة حرج عظيم وتعسير شديد إذ غالب النساء يتساهلن في كثير من الأمور الدينية، فلو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوعة لنزع أولادهن من أيديهن لم يبق صبي بيد أمه إلا في أندر الأحوال وفي ذلك ضرر بالصبي بنزعه عن مصلحته، وضرر بالأم بتوليها بولدها وهو منهي عنه^(٢). ولأنه مخالف لما عليه أهل الإسلام سابقهم ولأحقهم.

الترجيح :

بعد هذا العرض الموجز لهذه الآراء وألفتها أرى أن أولاهما بالقبول هو ما عليه الجمهور من اشتراط عدالة الحاضن وعدم فسقه غير أنه يجب أن يفرق بين فسق يتضرر به الصبي كأن يكون من له الحضنة مشتهراً بارتكاب الفواحش كالزنا والشرب ونحوها أو أن يكون مشتهراً باستعمال اللغو المحرم من غناء ورقص حيث يسقط حقه في الحضنة بذلك، إذ في معاشره من هذه صفته لحوق أشد الضرر بالصبي

(١) الفروع ٦١٦/٥، الميول للجرار على حدائق الأزهار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣.

(٢) ثبت ذلك من حديث يروى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا تؤله ووالدة بولدها ". المصنف لعبد

الرازق ١٥٣/٧، ١٥٤/١ نصب الرأية ٢٦٦/٣ سبل السلام ٢٢٩/٣، سنن البيهقي ٥/٨.

إذ ينشأ على طريقته، ولا مصلحة له في أن ينشأ فاسقاً والحضانة ما كانت إلا لحظ الولد، ولا حظ له في أن ينشأ على الفسق.

ولأن الله يقول : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) وترك الصغير مع من هذه صفته ليس تعاوناً على البر والتقوى بل تعاوناً على الإثم وهو منهي عنه.

أما إن كان فسق مستحق الحضانة بتكاسله عن الصلاة أو بإرتكابه لبعض الصفات، وكان الطفل صغيراً لم يصل إلى مرحلة الفهم والاستيعاب لما يحدث حوله فإنه لا ينزع عن حاضنه إذ لا ضرر عليه والحال هذه في صحبته.

والله تعالى أعلم ، ، ،

^١ بعض آية : ٢ من سورة المائدة.

المبحث الثالث

إسلام الحاضن

اختلف للفهاء في ثبوت الحضانة للكافر^(١) على المسلم وانحصر خلافهم في ثلاثة آراء:

القول الأول:

ذهب إليه الحنفية والمالكية وأبو ثور وأبو سعيد الأصبخري من الشافعية^(٢) أن الإسلام ليس شرطاً في الحاضن ذكراً أو أنثى. فلو كانت الأم كافرة^(٣) - كتابية أو مجوسية^(٤) فإنها تظل على حقها في الحضانة ولا ينزع الصبي منها، فإن خيف أن تغذيه بخمر أو خنزير فإنها تضم إلى واحد من المسلمين ليكون رقيباً عليها ولا ينزع منها الصبي.

وقد استدلل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري قال أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبنت امرأته أن تسلم فأنت النبي

(١) لا خلاف في جواز حضنة المسلم للكافر لما فيه من المصلحة إنما الخلاف في حضانة الكافر للمسلم.

(٢) المبسوط ٢١٠/٥، البدائع ٤٢/٤، التاج والاكلیل ٢١٦/٤ - النسوقي والشرح ٥٢٩/٢، نيل الأوطار ٢٣١/٦، الهداية والعناية عليها مع الفتح ٣٧٢/٤.

(٣) ومثل الأم في ذلك الجدة والخالة والأخت المجوسيات. إذا أسلم الأب.

(٤) زواج المسلم من الكتابية جائز ومتصور، أما زواج المجوسية ابتداءً فغير جائز، وتصور المسألة أن يكون الزوجان مجوسيين فيسلم الزوج وتبلى الزوجة الإسلام فيفرق بينهما ويتنزاها في حضنة الطفل.

ﷺ فقالت ابنتي وهى فطيم أو شبيهه وقال رافع ابنتي فقال رسول الله ﷺ اقعدي ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبي ﷺ اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها^(١).

دل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأُم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعد بها النبي ﷺ بينهما، ولما خيرها والتخير دليل ثبوت الحق.

بـ إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة منها على الولد وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وقد قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى^(٢).

جـ - إن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وهو لا يختلف بالإسلام والكفر.

القول الثاني:

أن الصبي يظل في حضانة أمه غير المسلمة حتى يعقل الأديان^(٣) فإذا عقل أو خيف أن يألف الكفر، حيث تذهب به إلى معابدهم - فإنه ينزع منها، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى.

(١) أخرجه الترمذى عن فبي هريرة وقال صحيح الإسناد - السنن للترمذى ٧٥/٣، نصب الرأية ٢٦٩/٣، وما بعدها، السنن لابن ماجه ٧٨٨/٢.

(٢) هو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض طول يسميه أهل مصر للحبرح يضرب به المثل فى عدم المحبة. حياة الحيوان للدميرى ٣/٣٨٣، النظم المستعذب ١/١٤٩.

(٣) قيل بقدر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، حضية رد المحتار لابن عابدين ٦٣٩/٢.

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنفية^(١) وهو قريب مما ذهب إليه ابن حزم الأندلسي^(٢).

أما تركه في يدها مدة الرضاع فلقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾^(٣)

حيث لم يفرق بين أم وأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلها الله تعالى فيه بغير نص، أما إذا بلغ الصبي مبلغ الفهم والاستغناء فإنه ينزع منها، لأن الولد مسلم بإسلام أبيه وهي تعلمه الكفر فلا يؤمن للفتنة في تركه عندها.

ولأن الله يقول : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٤) ومن ترك الصغير أو الصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، وترك الصلاة والصيام وشرب الخمر وأكل الخنزير حتى يسهل عليهما شرائع الكفر فقد عاون على الإثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى، ومن أزالهما عن ذلك إلى حيث يتعلمان الصلاة والصيام وشرائع الإسلام فقد عاون على البر والتقوى وأدى الفرض في ذلك. القول الثالث: لا تثبت الحضنة لكافر على مسلم — ذكرنا أو أنثى.

(١) ينسب هذا القول إلى الإمام أبو بكر أحمد الرزى يرجع البدائع ٤/٤٢.

(٢) يقول ابن حزم في المحلى ١/٣٢٣، ٣٢٤، والأم للكفرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضنة لكفرة.

(٣) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) بعض الآية ٢ من سورة المائدة.

ذهب إلى ذلك الشافعية في المذهب^(١) والحنابلة^(٢) والزيدية^(٣).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن الله قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل

المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال: ﴿ولن يجعل الله

للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(٤) والحضنة ولاية لأبد

فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه.

٢- إن الحضنة لحظ الولد ولاحظ له في حضنة الكافرة، فلا

تشرع على الوجه الذي فيه هلكه وهلاك دينه.

٣- إن الحضنة لا تثبت لفاسق فلأن لا تثبت لكافر أولى، لأن

ضرره أكثر حيث يفتته عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه

الكفر وتزيينه له وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر.

٤- قياس الحضنة على غيرها من الولايات حيث لا تثبت

ولاية الكافر على المسلم في النكاح وغيره كذا هذا.

المنافضة:

أولاً: ناقض أصحاب القول الثالث أدلة للقول الأول بما يلي:

أ- حديث عبد الحميد بن جعفر لا يصلح للاحتجاج به لعدة أمور منها^(٥):

(١) المهذب ١٦٩/٢، الحاوي الكبير ٥٠٣/١١، المجموع ٢٠/٢٢٢.

(٢) المغنى ٦١٣/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٣) البحر الزخار ٣٨٤/٤، ٣٨٥.

(٤) بعض آية ١٤١ من سورة النساء.

(٥) المجموع ٢٠/٢٢٠، ٢٢٢، المغنى ٦١٣/٧، نيل الأوطار ٦/٣٣٠، ٣٣١، سبل السلام

٢٢٨/٣.

١- لأن عبد الحميد رمى بالقدر، وكان سفيان يضعفه وكذا الثوري ويحيى بن معين.

٢- قال ابن المنذر - هذا الحديث لا يثبت أهمل النقل وفي إسناده مقال.

٣- وإن سلم بصحته فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنها تختار أباهما بدعوته فكان ذلك خاصا في حقه، أو أنه منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبي للمسلم إلى الكافر - لأن الله يقول: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

٤- ثم إنها كانت فطيما والقطيم لا بخير.

وقد رد أصحاب القول الأول هذه الاعتراضات بما يلي:

١- إن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به وقد صححه الحاكم وغيره .

٢- إن دعوى الاضطراب ممنوعة باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم.

٣- إن دعوى النسخ والإجماع عليه مردودة، إذ النسخ لا يكون إلا بنص أو إجماع ولم يوجد فبطل القول به.

ب - قولهم إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة وذلك لا يختلف بالإسلام والكفر غير مسلم لأنها وإن كانت مشفقة عليه فهي

بأمانة على بدنه لكنها غير بأمانة على دينه وحظه فسي للدين أقوى.

ثانياً: ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثالث بما يلي:

أ- أما استدلالهم بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ فهو مردود لأن هذا عموم وحديث عبد الحميد بن جعفر خصوص وللخاص يقدم على العام كما هو مقرر عند علماء الأصول.

ب- قولهم إن الحضانة لا تثبت لفاسق غير مسلم، إذ إن هذا الشرط غير متفق عليه بين أهل العلم حيث نازع بعضهم في اشتراطه فلا يصلح للاستدلال به على اشتراط الإسلام في الحاضن.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من بقاء للصبي عند أمه إلى أن يعقل الأديان ويفهم ما يدور حوله، فإن أدرك وعقل أو خيف عليه أن يألف الكفر نزوع منها، إذ هو أعدل الآراء.

لأن فيه توازناً بين حفظ حق الأم في حضانة ابنها وحفظ الابن من تعلم الكفر.

أما حق الأم في حضانة ابنها في مدة الرضاع فذلك لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾ ولأن الصغير في هذه السن ومن زاد عليها لا فهم له ولا معرفة بما يشاهد فلا ضرر عليه في

ذلك، أما إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر وذلك لا يكون إلا بعد إدراكه وتمييزه فإنه ينزع منها حفظا له، لأن في بقاءه عندها يلحقه الضرر بتعوده على الكفر فكان حقه في حفظ دينه أقوى من حقها في حضانتها.

ولأن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له في أن يبقى بيدها عندما يعقل لأنه يألف عاداتها بكل ما فيها من مساوئ أما قبل أن يعقل فإن حظه في أن يبقى بيدها لينال من حنانها وشفقتها ما لا يناله عند غيرها.

المبحث الرابع

عدم زواج المستحقة للحضانة

إذا كانت الحضانة للأبنت فهل يشترط لاستحقاقها الحضانة خلوها عن الزواج^(١) وإذا استحققت الحضانة ثم تزوجت فهل يسقط حقها فيها أم لا ؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان الزوج قريبا للمحزون عما إذا كان أجنبيا أم لا ؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال هذه المطالب:

(١) هذا إذا أقرت بالتزوج، فإن ادعى عليها ذلك ... حيث تنازعت مع أحد مستحقي الحضانة فدعى أنها متزوجة ليسقط حقها، ولكررت هي ذلك كل القول قولها مع يمينها. أما إن أقرت بالزواج وادعت أنها طلقت وعينت الزوج فلا يقبل قولها، لأن دعواها طلاق المعين لا تقبل إلا إذا صدقها، البحر الرائق ١٨٣/٤، در المحتضر ٦٤٠/٢.

المطلب الأول

إذا كان الزوج قريبا

إذا كان الزوج قريبا من المحضون، بأن كان زوجها ذى رحم^(١) منه فإنها تبقى على حقها في الحضانة ولا يسقط حقها فيها عند غالبية الفقهاء^(٢).

فلو كانت الحاضنة أما أو خالة وزوجها عم الصبي، أو كانت جدة متزوجة بجدة الصبي فهي على حقها في الحضانة وليس لأحد نزع الصبي منها^(٣).

ودليل ذلك ما يلي:

أ- ما روى أن عليا وجعفرأ وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ففضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم^(٤) وقد كانت متزوجة بجعفر بن أبي طالب

(١) يشترط في ذى الرحم أن يكون محرما، فإن كان زوجها ذى رحم لكنه غير محرم كإبن العم والمحضون انتهى فهو كالأجنبي فيسقط حقها بالزواج منه، البحر الرائق ١٨٣/٤، للرد المحتار والشرح الكبير ٥٣٠/٢.

(٢) لم يخالف في ذلك إلا ابن وهب المالكي والشافعية في وجه حيث اسقطوا حضانتها بالزواج مطلقا، ولو كان الزوج ذا رحم محرم لمعوم قوله ﷺ " ما لم تتكحى " ولما يجذبها الطبع إليه من التوافر على الزوج ومراعاة أولادها منه. حاشية المدنى على كنون وحاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الحلوى ٥٠٥/١١.

(٣) للتدقيق ٤٢/٤، المبسوط ٢١٠/٥، التاج والإكليل ٢١٧/٤، المعنى ٦١٩/٧، المسيل للجرار ٤٣٩/٢، الكافي ٣٨٤/٣، البحر الزخار ٣٨٥/٤ شرح للكنز ١٨٥/١.

(٤) صحيح البخارى ٦٤/٣، فتح البارى ٥٧١/٧، المنن للبيهقى ٥/٨.

فلم يجعل نكاحها بذى رحم للصبي وهو جعفر ابن عم الصبيبة مبطلا لحقها.

ب- إن جد الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته، وكذا العم وغيره من المحارم لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، فلما كان الضرر منتفيا عن الصغير لم يسقط حقها في الحضنة.

ج- إن كل واحد منهما له الحق في الحضنة منفردا فمع اجتماعهما أولى.

المطلب الثاني

إن كان الزوج غير قريب للمحضون

إن كان الزوج أجنبيا من المحضون فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانتها بالزواج على ثلاثة آراء.
القول الأول:

لا يسقط حقها في الحضنة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.
ذهب إلى ذلك الحسن البصري وابن حزم الأندلسي^(١) وهو مروي عن عثمان بن عفان^(٢) وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلي:
أ- قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُم﴾^(٣).

(١) تكملة المجموع ٢٠/٢٢٣، الحاوى ١١/٥٠٤، المطى ١٠/٣٢٣، البحر الزخار ٤/٣٨٥، سبل السلام ٣/٢٢٧.

(٢) نيل الأوطار ٦/٣٢٩.

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء.

ولو كان للزوج يسقط حق المرأة في الحضانة ما كانت في حجره
فدل كونها في حجره على بقاء حقها في ذلك ولو تزوجت.

ب- قوله تعالى : ﴿ وَاللَّوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ^(١).

دلت الآية على أن حق للرضاع للأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن
موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص ولم يأت نص صحيح قط بأن
الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة.

ج- أن النبي ﷺ تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب ^(٢) فكانت عندها ولم
تسقط حضانتها بالزواج وقد أقرها النبي ﷺ على ذلك.

د- روى عن أنس بن مالك قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم
فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: " يا
رسول إن أنسا غلاما كيما فليخدمك قال فخدمته في السفر
والحضر ^(٣) .

فهذا أنس في حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول
الله ﷺ ولم ينكر فكان إقرارا ببقاء حقها في الحضانة.

هـ- ما روى أن عليا وجعفرًا وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة
حمزة - حيث قضى بها رسول الله ﷺ للخالة ^(٤) وهي مزوجة

(١) بعض آية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٢) يراجع المستدرک للحاکم ١٧/٤ ، ١٩ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ١٧٤/٢ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري
٤٧٤/١٠ .

(٤) سبق تخريجه .

بجعفر، ولو كان الزواج يسقط حق المرأة في الحضانة لما قضى لها بها.

و- إنه لا فرق في النظر والحياطة بين الريبب - زوج الأم - والربيبة - زوجة الأب - بل في الأغلب يكون الريبب أشفق وأقل ضررا من الربيبة.

القول الثاني : وهو رواية مهنا عن الإمام أحمد^(١).

إن تزوجت والابن صغيرا نزع منها، أما البنت فلا تنزع منها إلى سبع سنين.

فقد فرق بين الغلام حيث يسقط حقها في حضانتها بمجرد زواجها والجارية فلا يسقط حقها في حضانتها بالزواج إلى أن تبلغ سبع سنين. واستدل لذلك التفريق بقصة ابنة حمزة حيث ابقى الحضانة عليها لخالتها وهي متزوجة.

وبحديث (أنت أحق به ما لم تتكحى) ومسلتي في أدلة - الجمهور - إذ مقتضاه سقوط حضانة المرأة بالزواج فللجمع بين الأحاديث يقال ببقاء الحضانة على الأنثى وسقوطها عن الذكر بزواج الحاضنة جمعا بين الأدلة.

القول الثالث: يسقط حقها في الحضانة بزواجها^(٢) بأجنبي من الصغير.

(١) الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٣، ٣٨٤، المعنى ٦١٩/٧.

(٢) وقد اختلفوا في المراد بالزواج هل هو العقد أو الدخول فالحنفية والشافعية والحنابلة في وجه أن المراد به العقد فيسقط حقها في حضانة الصبي بالعقد دخل بها الزوج أم لا ، لحديث (أنت أحق به ما لم تتكحى)، والنكاح اسم للعقد وقد وجد قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك مناقبها

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم ^(١) حتى ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك ^(٢).

أدلتهم :

استدل الجمهور لمذهبهم هذا بأئمة من السنة والمعقول نذكر منها:

أ- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وندي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي" ^(٣) فقد جعل الحق لها إلسى أن تستزوج وحكم ما بعد للغاية مخالف لما قبلها، وذلك دليل على سقوط حقها في الحضنة بالزواج.

ب- روى عن سعيد بن المسيب قال طلق عمر أم ابنه عاصم فلقبها ومعها الصبي فنازعها وارفعها إلى أبي بكر الصديق ف قضى بعاصم

ويستحق زوجها منعها من حضنته فزال حقها كما لو دخل بها، وذهب المالكية والحنابلة في وجه إلى أنه لا يسقط حقها إلا بالدخول، إذ بالدخول تتشغل بأمر الزوج، أما قبله فلم تشغل بشئ : يراجع في ذلك منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨٣/٤، المنونة الكبرى ٥٦/٢، حاشية الشيخ عيمره على شرح المحلى مع قليوبي ٩٠/٤، المغنى ٦٢٠/٧.

(١) يراجع ما سبق من مراجع والمبسوط ٢١٠/٥، حاشية المنذرى على كنون مع حاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الأم ٩٢/٥، الحاوى ٥٠٤/١١، ٥٠٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٢٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣، ٣٨٤، البحر الرخاى ٣٨٥/٤، شرح الكنز للعيني ١٨٤/١، ١٨٥.

(٢) نقل هذا الإجماع عنه صاحب المغنى ٦١٩/٧، الشوكانى فى نيل الأوطار ٣٢٩٠٦،

الصنعانى فى سبل السلام ٢٢٧/٣، لكن فى حصول هذا الإجماع نظر لحصول الخلاف عليه؟

(٣) رواه الحاكم فى المستدرک ٢٠٧/٢، وقال صحيح الاسناد، السنن لابی دؤود، باب من أحق

بالولد ٢٩٢/٢، نصب الرأىة للزيلعى ٢٦٥/٣، السنن للبيهقى ٤/٨، ٥.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج^(١) وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً.

- ج- إنها لما تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد.
- د- إن الولد يلحقه الجفاء والمثلة غالباً من زوج الأم على ما قيل إنه يطعمه نزراً - أى قليلاً - وينظر إليه شزراً - أى نظر بغض - فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها.
- هـ- إن على الولد وعصبته عار في المقام عند زوج أمه.
- المناقشة:**

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر بما يتوافق مع مذهبه فلنذكر بعض هذه المناقشات بشئ من الإيجاز.

أولاً: مناقشة أدلة القول الثالث:

ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلي:

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يصلح للاحتجاج لأنه صحيفة حيث إن أبوه لم يسمع من جده.

(١) رواه مالك في الموطأ في كتاب القضاء ولم ينكر فيه لفظ أو تتزوج كما ذكر أن النزاع كان بين عمر والجدة، يراجع الزرقاني على الموطأ ٤٧٢، ٧٣، ورواه عبد الرزاق بروايتين إحداهما أن النزاع كان مع الأم والأخرى مع الجدة، المصنف لعبد الرزاق ١٥٤/٧، كما يراجع المسند الكبير للبيهقي ٥/٨.

ويجب عن ذلك:

بأن روايات عمرو عن أبيه عن جده قبلها الأئمة وعملوا بها، البخارى ومسلم وابن المدينى والحميد وإسحاق وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه، ثم إن هذا الحديث صححه الحاكم وغيره فكان حجة في محل النزاع.

ب- أما قضاء أبى بكر فهو فعل صحابى لا حجة فيه، لأن الحجة فيما جاء عن رسول الله ﷺ، ولو كان ذلك الأمر معروفا لديهم وعندهم فيه نص لما نازع عمر زوجته في حضنة ابنه.

ثم إن ما روى عن أبى بكر أنه قضى بالولد لأمه، فغير صالح للاحتجاج، لأن أكثر رواياته ليس فيها ما لم تتزوج فيكون في غير محل النزاع.

ويجب بأن قضاء أبى بكر وإقرار عمر بقضائه وموافقة الصحابة عليه يصيره إجماعاً، والإجماع أحد الأدلة الشرعية، ثم إن حديث "أنت أحق به ما لم تتكحى" قد صححه غير واحد من الأئمة وتلقته الأمة بالقبول كما بينا سابقاً.

أما دعوى أن الأثر لم يرد فيه ما لم تزوج فمردود، إذ وردت هذه اللفظة في رواية عند عبد الرزاق^(١).

(١) المصنف ١٥٤/٧.

أما قولهم إن الولد يلحقه الجفاء والمثلة فنذلك أمر نسبي إذ قد يلحقه من الجفاء والمثلة من زوجة الأب أضعاف ما يلحقه من ذلك عند زوج أمه.

ثانياً: أما القول الثاني فلا أدلة عنده على ذلك التفصيل فلا حاجة إلى التعرض له.

ثالثاً: ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلي:

أ- أما استدلالهم بآية ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ فيراد به إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى بحضانة أمه، وذلك جائز بغير خلاف، أما عند المنازعة فلا دلالة في الآية عليه فكان خارجاً عن محل النزاع.

ب- أما زواج النبي ﷺ بأم سلمة وبقاء الحضانة لها على بنتها، فإنه لم يكن من عصبتها نزاع، ومجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق لها قريب غيرها، ثم إنها كانت في كفالة رسول الله ﷺ وهو أفضل الخلق فلا ينزع.

ج- أما استدلالهم بقصة أنس وأنه كان في حضانة أمه وهي متروجة فرود بما رد به الأول وهو عدم المنازع، ولا يعد دليلاً على محل النزاع إلا مع طلب من تنتقل إليه الحضانة ومنزاعته، أما مع عدم طلبه فلا نزاع في أن لأم المتروجة أن تقوم بولدها

ولم يذكر في القصص المذكورة أنه حصل نزاع في ذلك فلا دليل فيما ذكره على دعوهم فبطل الاحتجاج به.

د- أما قصة ابنة حمزة فقد قيل أنه قضى بها لجعفر ترجيحاً لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحاً لجعفر لأنه ابن عمها، ولا شك أن الزوج إذا كان ذا رحم من الصغير فإنه لا يسقط حضانة المرأة عند الجمهور من أهل العلم.

ثم إن الحق في المتزوجة للزوج وإنما تسقط حضانتها لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته، فإذا رضى الزوج بأن تحضن من لها حق في حضانتها وأحب بقاء الطفل في حجره، لم يسقط حق المرأة من الحضانة.

ثم إن جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه فيها إلا على ، وقد ترجح جعفر لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، ثم إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها إذا كان المنازع لها الأب، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب، وبهذا يجمع بين قصة ابنة حمزة وحديث " أنت أحق به ما لم تتكحى".

أما قولهم - إنه لا فرق بين الربيب والربيبة إذ الضرر الذي يمكن أن يلحقه من الربيب قد يكون أشد من الضرر الذي يلحقه من الربيبة فأمر مسلم ويمكن حدوثه، لكن في تربيته عند زوج أمه مثلاً وعار يلحق الطفل وعصبته وذلك ضرر أشد وأعظم من الضرر الذي

يلحقه من زوجة أبيه، والقاعدة هي جواز فعل الضرر الأخف لترك الضرر الأعظم.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة وناقشنا ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا رجحان القول الثالث - وهو ما ذهب إليه الجمهور - من سقوط الحضانة المستحقة للأنثى بزواجها لقوة أدلتهم وسلامتها عما وجه إليها من اعتراضات.

لكن يستثنى من ذلك صور تبقى فيها الحضانة للأنثى رغم زواجها نذكر منها:

أ- إذا كانت المرأة متزوجة بذى رحم محرم للصبي وهذا محل اتفاق عند جمهور العلماء لم يخالف فيه إلا ابن وهب المالكي والشافعية في وجه وقد سبق بيانه.

ب- كما يرى الحنفية^(١) أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي، لأن سقوط الحضانة لنفع الضرر عن الصغير فينبغي للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصالح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه، وقد يكون له زوجة أب تؤنيه

(١) راجع رد المحتار على الدر المختار ٦٣٩/٢، ٦٤٠.

أضعاف ما يؤذيه زوج أمه فإذا علم المفتي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.

ج- أن يعلم من له الحضانة بعد الأم بزواجها ويسكت مع علمه بأن الزواج يسقط لحقها، فإن كان سكوتها بلا عذر العام ونحوه فلا يسقط حقها في الحضانة، فإذا علم بزواجها ولم يطالب بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأن سكوتها دليلاً على ترك حقها في الحضانة^(١).

د- أن يكون زواجها في زمن الرضاع ولم يقبل الصبي غيرها، أو قبل غيرها وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليه الحضانة بعد تزويج أمه فلا تسقط حضانة الأم بالزواج^(٢)، لأن كونه في رضاع أمه وإن كانت ذات زوج لرفق به من أجنبية يسلم إليها، لا سيما إن كانت هي الأخرى ذات زوج.

هـ- أن لا يكون للولد قرابة غيرها لا من الرجال ولا من النساء، أو كلن ولم يطلبها فلا تسقط حضانتها بالزواج اتفاقاً لعدم المنازع لها حينئذ كما في قصة زينب بنت أم سلمة وكما في قصة انس بن مالك رضي الله عنهم أجمعين.

(١) المصطفى والشرح الكبير ٥٢٩/٢، ٥٣٠، التاج والاكليد ٢١٧/٤.

(٢) المصادر السابقة .

المطلب الثالث

عود الحضانة للمرأة

إذا قلنا برأى الجمهور - وهو سقوط حق الأنثى في الحضانة بزواجها بغير ذى رحم محرم من الصغير فهل يعود حقها في الحضانة بالطلاق^(١) أو فسخ للنكاح الفاسد أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك وحاصل خلافهم يتمثل في الآتي:

أ- ذهب المالكية والأوزاعي^(٢) إلى أن حقها في الحضانة لا يعود بالطلاق، وسواء أكان طلاقاً بائناً أم رجعي^(٣).

قال مالك: أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضاً ثانية ليس هذا بشئ، إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه.

(١) احترز بالطلاق عن الظهار والإيلاء لأنهما لا ينهيان النكاح فلا يعود حقها في الحضانة بهما: للحاوي ١١/٥١٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/٣٥٦، التلخيص الكبير ٢/٥٣٢، المحلى ١٠/٣٢٩.

(٣) هذا إذا كان من له الحق في الحضانة - الأب أو الأولياء قد انفردوا بها، أما إن علم بتزويجها ولم يتم بأخذ الولد حتى طلقت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذها منها لأنه يعد بذلك تركاً لحقه، للتاج والإكليل ٤/٢١٧.

ودليل ذلك

١- أن النبي ﷺ جعل لها الحق في الحضانة ما لم تتكح بقوله: "أنت أحق به ما لم تتكح" وأطلق وهذه قد نكت فسقط حقها فلا يعود بعد ذلك.

٢- قياس الحق في الحضانة على حق ولي المجنى عليه في القود، فالولي إذا أسقط حقه في القود فإنه لا يعود للمطالبة به مرة ثانية، وإن طالب به لم يستحقه، كذلك حق المرأة في الحضانة إذا سقط فإنه لا يعود.

(ب) وذهب للشافعية والحنابلة وبه قال أبو ثور والحسن بن حي وهو مذهب الزيدية^(١).

إلى أن الأنثى التي سقط حقها في الحضانة بالزواج يعود حقها فيها بالطلاق^(٢) مطلقا — أي سواء أكان الطلاق بانئا أم رجعيا.

أدلتهم:

أولا: استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بما يلي:

أ- إن سقوط حضانتها بالزواج كسقوط حضانتها بالجنون وحضانة المجنونة تعود بالإفاقة من الجنون فكذاك تعود

(١) يراجع للحوى الكبير ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢، تكملة المجموع ٢٢٤/٢٠، المغنى ٦٢٤/٧، ٦٢٥، الكافي لابن قدامة ٣/٢٨٤، المطى ٣٢٩/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٩، الأم ٩٢/٥.

(٢) كما يعود حقها فيها بموت الزوج وبفسخ النكاح القامد أما الظهار والايلاء فلا يعود بهما حقها في الحضانة لبقاء الزوجية، الحوى ٥١٠/١١.

بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلّة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

ب- إن حضانتها لم تبطل بالتزويج بل تأخرت بذليل انتقالها إلى أمها المدّنية بها ولو بطلت حضانتها ما انتقلت إلى من أدلى بها، وإذا ثبت عدم بطلان حضانتها بالتزويج فإنها تعود بزوال النكاح.

ثانياً:

استدلوا على عدم الفرق بين الطلاق البائن والرجعي في عود الحضانة بما يلي:

- أ- إن الرجعية محرمة على الزوج بهذا الطلاق كالبائن.
- ب- إن الرجعية لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت كالخلية عن الزوج في استحقاق الحضانة، كما صارت مثلها في جواز التصرف، فإن راجعها في عدتها سقطت حضانتها برجعته، وقبل أن يراجعها تبقى على حقها في الحضانة.
- ج- إن حقها سقط بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج، وبالطلاق الرجعي يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فتعود الحضانة به كما في البائن.
- د- إن الزوجية وإن كانت باقية بماله من حق الرجعة إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق له عليها قسم ولا لها به شغل كما أنه عقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها فيعود حقها في الحضانة كالبائن إذا لا فرق.

ح- وذهب الحنفية والمزني^(١):

إلى أن حقها في الحضانة يعود بالطلاق للبائن أو موت الزوج، أما الطلاق الرجعي فلا يعود حقها في الحضانة به إلا بانقضاء العدة^(٢).
وهو قول مخرج عند الحنابلة ذكره ابن قدامة^(٣).

أولاهم:

أولاً:

استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بأن للزواج مانع من استحقاق الحضانة وقد زال بالطلاق أو موت الزوج فيزول المنع لسزوال سببه، وإذا زال المانع عاد حقها في الحضانة.

ثانياً:

كما استدلوا على التفريق بين الطلاق للبائن فيعود حقها به والطلاق الرجعي فلا يعود حقها به بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية أما الطلاق الرجعي فلا يزيلها بل تظل الزوجية قائمة فتكون كالتى في صلب النكاح فلا حق لها في الحضانة.

(١) العناية على الهدية ٣٧٠/٤، البحر الرائق ١٨٣/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢، الحاوى ٥١٠/١١، المهنّب ١٦٩/٢.

(٢) مقتضى هذا القول أن المطلقة طلاقاً باتناً يعود حقها في الحضانة قبل انقضاء العدة مع أنها تعتد في بيت الزوج ولعل وجه ارتفاع ولايته عليها فلا يتضرر الولد عنده، حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٣.

(٣) المغنى ٦٢٥/٧.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإنني أميل أولاً إلى ترجيح القول بعود الحضانة بالطلاق أو موت الزوج، لأن للنكاح مانع من الحضانة وقد زال المنع بالطلاق أو موت الزوج فوجب أن تعود إلى حقها في الحضانة.

أما قول المالكية ومن وافقهم بعدم العود لحديث " أنت أحق به ما لم تتكحى" فيجاب عنه بأن النكاح إما أن يراد به العقد أو الوطء وكلاهما قد زال بالطلاق حيث لا تسمى المطلقة منكحة وعلى هذا لم يبق في الحديث حجة.

أما قياسهم حق الحضانة على حق القود فيجاب عنه بأن الأصوب هو قياس حق المطلقة على حق من سقطت حضانتها بالجنون أو بالفسق أو بغيره من الموانع إذ هو أقرب من قياسه على حق القود ومن سقطت حضانتها بالجنون ونحوه إذا زال جنونه أو فسقه يعود إلى حقه بالاتفاق فكذا من طلقت فإنها تعود إلى حقها.

أما الخلاف في الطلاق الرجعي حيث يعود لها الحق في الحضانة به عند الشافعية ومن وافقهم ولا يعود عند الحنفية ومن وافقهم فإني أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يعود به ولكن بانقضاء العدة، لأن المانع من الحضانة هو الزوجية وهي باقية مع الطلاق الرجعي فتمنع العود.

أما قياس الشافعية المطلقة طلاقاً رجعياً على الخلية في استحقاق الحضانة بجامع أن كلا منهما مالكة لأمر نفسها فهو قياس مع الفارق،

لأن المطلقة طلاقاً رجعيّاً يحق لزوجها مراجعتها فلا تكون مالكة لأمر نفسها.

وأما قولهم أنه عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن فيجاب عنه بأن للنكاح قبل الدخول مزيل لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج مما يدل على أن المانع حقيقة هو قيام الزوجية لا الانشغال بالزوج كما يقولون، وإذا ثبت ذلك فإن الطلاق الرجعي لا يمنع من قيام الزوجية في فترة العدة فلا يعود إليها الحق في الحضانة لقيام النكاح وقد صح عن النبي ﷺ أنه قال: " أنت أحق به ما لم تتكحى".

والله أعلم ،، ،،

المبحث الخامس

أثر السفر في سقوط حضانة الأنثى

إذا أراد أحد الزوجين^(١) أو أولياء المحضون السفر عن مكان الحضانة إلى مكان آخر، فهل يسقط حق الأم — أو من تستحق الحضانة من النساء — في الحضانة أم لا؟

وللإجابة على ذلك لابد أولاً من التفريق بين السفر القريب والسفر البعيد، ثم التفريق ثانياً بين سفر الأب أو أحد الأولياء وبين سفر من تستحق الحضانة من النساء وذلك في جملة مطالب:

(١) إذا كانت الزوجية قائمة فمكان الحضانة هو مكان الزوجين فإذا أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره كان لزوجها أن يمنعها من الخروج وسواء في ذلك أن يكون ولدها معها أو لا يكون، لأن عليها المقام في بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة — لقوله تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " ، البقرة ٤/٤٤، البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية للسوقى ٥٢٦/٢.

المطلب الأول

السفر القريب

إذا كانت مسافة السفر قريبة فسواء كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء، أو كان المسافر هو الأم أو من تستحق للحضانة من النساء، فإن ذلك لا يمنع حق المرأة في حضانة ولدها، وسواء كان السفر سفر نفقة أو سفر تجارة أو حج ونحو ذلك، سافرت إلى وطنها أو إلى غيره، وقع العقد به أو لا ؟ فإن كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء للمستحقين للحضانة فإن الولد يظل في حضانة الأم أو من يقوم مقامها من المستحقين للحضانة من النساء.

وإن كان المسافر هو المرأة لم تمنع من السفر ولا من أخذ المحضون معها، لأن الأب أو المستحق للحضانة غيره لا يلحقه كبير ضرر بالنقل فكان بمنزلة انتقالها إلى أطراف البلد، ولأن قرب المسافة كالإقامة في انتفاء أحكام السفر ويجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت أطرافه حيث لا يمنع التنقل فيه من استحقاق الحضانة فكذا هذا، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء^(١).

(١) البدقعي ٤/٤٥، الفناج والإكليل ٤/٢١٧، ٢١٨، الحلوى ١١/٥٠٤، المدونة ٣/٣٥٨، المغني

٧/٦١٨، للكني ٣/٣٨٧، منحة الخلق ٤/١٨٧.

غير أنهم اختلفوا في حد القرب والبعد:

فمنهم من حد القرب بأنه الذي يقدر فيه الأب على أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، أو بحيث يراهم ويرونه كل يوم^(١) لأن البعد الذي يمنعه من رؤيتهم يمنعه من تأديبهم وتعليمهم، ومنهم من يحدّه بستة برد^(٢) ومنهم من يحدّه بالبريد فما زاد عليه فهو في حد البعد أو هو بحيث يبلغ الأولياء خبر المحضون^(٣)، ومنهم من يحد القريب بمسافة القصر.

فإن كانت المسافة لا تقصر في مثلها الصلاة لا تمنع المرأة من السفر به ولا يسقط حقها في حضنته كما لا يسقط حقها إذا كان المسافر لهذه المسافة هو الأب أو من له الحضنة من الأولياء^(٤).

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة في المذهب، يراجع البدائع ٤/٤٥، المغنى ٧/٦١٨، البحر الرائق ٤/١٨٧.

(٢) البريد هو المسافة* وهو أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل ستة آلاف ذراع وقيل أربعة آلاف وقيل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، وقيل البريد فرسخان فعلى الأول يكون اثنتان وعشرون كيلو متر وعلى الثاني أحد عشر كيلو متر. المقادير الشرعية للكردى ص ٢٨٦، للمعجم الكبير حرف الباء ص ٢١٠.

(٣) ينقل هذين القولين عن المالكية. يراجع التاج والإكليل ٤/٢١٨، المدونة ٢/٣٥٨.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية وهو قول القاضى من الحنابلة وبعض المالكية يراجع - الحاوى ١١/٥٠٤، المغنى ٧/٦١٨، الكافى ٣/٣٨٧، التاج والإكليل ٤/٢١٧، تكملة المجموع ٢٠/٢٤٠.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء في تحديد للفرق بين المسافة البعيدة والقريبة نجد أن مرجع هذه الأقوال هو الاجتهاد إذ ليس في ذلك شيء يرجع إليه في الكتاب والسنة وإنما هو الاجتهاد فقط.

وعلى هذا فالمعتبر في ذلك هو نفي الضرر عن الأم - أو من تستحق للحضنة غيرها - وكذلك نفي الضرر عن الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضنة غيره لقوله تعالى : ﴿ لا تضر والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ ^(١) غير أنني أرى أن أقربها وأولاها بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية، لأن الأب إذا قدر على زيارة ولده ثم يعود في نفس اليوم فليس هناك ضرر يلحق به وإذا تفنق الضرر لم يمنع أحدهما من السفر بالمحضنون.

(١) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

المطلب الثاني

المسافة البعيدة

إذا كانت المسافة بعيدة، سواء قلنا بأنها ستة برد أو مسافة القصر، أو غير ذلك فإما أن يكون المسافر بالمحضون هو الأب أو أحد الأولياء، وإما أن يكون الأم أو من يستحق الحضنة من النساء غيرها، وإما أن يسافرا جميعا إلى بلد واحد أو لا؟

سفر الأب :

إذا كان من يريد السفر هو الأب فقد اختلف الفقهاء ففى سقوط حضنة الأم أو من يستحق الحضنة من النساء على قولين:-
القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والظاهرية^(٢).

أ- إلى عدم سقوط حضنة المرأة بذلك - سواء كان منفردا سفر نقلة أو سفر تجارة ونحوه وسواء كان المسافر هو الأب أو غيره من الأولياء، وعلى هذا فإن الولد يظل فى حضنة المرأة ولا ينزع منها^(٣).
ودليلهم على ذلك:-

ب- أن الأم - ومن فى حكمها من النساء - أحق بالحضنة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فى ذلك من إبطال حقها.

(١) البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٤/١٨٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٢٥.

(٣) هذا إذا كانت حضنة الأم باقية، أما إذا منع منها مَنع كزواجها مثلا فإن له السفر به لأن المنع كان للأضرار بها بإبطال حقها فى الحضنة، فإذا بطل حقها زال المانع من السفر - البحر الرائق ٤/١٨٨.

ج- أن الأب لو كان مقيماً لما كان له نزع الولد من يدها ففى حال سفره من باب أولى.

د - إنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب فهو شرع باطل ممن قال به وسوء نظر للصغير وإضرار به فى تكليفه الحل والترحال والإزالة عن الأم أو من يقوم مقامها وهو ظلم لا خفاء فيه.

القول الثالث:- وهو للمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

حيث ذهبوا إلى التفريق بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فإن كان سفره لحاجة إذا نجزت عاد.

فالمقيم منهما أحق بحضانة الولد، سواء كان المقيم هو الأم أو الأب^(٢).

ونذلك لأن المقام أودع والسفر أخطر، كما أنه لا حظ للولد فى حمله ورده ولأن ما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع ولا شك أن السفر فيه إضرار به فكان ممنوعاً من السفر به.

أما إن كان سفره نقلة بحيث كان خروجه من البلد إلى بلد آخر بهدف الاستيطان والسكنى فى البلد الآخر، والمسافة بين البلدين بعيدة.

(١) المدونة الكبرى ٢/٣٥٨، المبنى على كنون ٤/٢٦٤، المذهب ٢/١٧٢، الحاوى ١١/٥٠٤، تكلمه المجموع ٢٠/٢٣٩، المبنى ٧/٦١٨، الكفى لابن قدامة ٣/٢٨٧.

(٢) يلاحظ أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها عند غير الحنفية وأن غير الأب من أولياء الولد يقوم مقامه عند عظمها أو كونها من غير أهل الحضانة فى جميع الأحكام اتفاقاً، يرجع منحة الخالق والبحر ٤/١٨٧، المدونة ٢/٣٥٨، الحاوى ١١/٥٢٣، المبنى ٧/٦١٩.

ففي هذه الحالة يكون الأب أحق بحضانة الولد، فيسقط حق المروءة في الحضانة، وينتزع منها الولد ويدفع إلى أبيه^(١) إن كان معه في كفالة سواء كان الولد فطيميا أو رضيعا^(٢).

وذلك : لأن حفظ نسبه الذي لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والأدب، والأب في العادة هو الذي يقوم بالتأديب وحفظ النسب فإذا لم يكن في بلده ضاع، ولأن في الكون مع الأم حضانة ومع الأب حفظ النسب والتأديب وفي الحضانة يقوم غير الأم مقامها وفي حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان أحق بالحضانة منها.

(١) هذا الحكم عندهم مشروط بأن يكون الطريق أمنا والبلد المنقل إليه أمنا، وإلا كان المقيم — وهو الأم — أو من يستحق الحضانة من النساء بعدها — أحق بحضانة الولد لأن في السفر به في هذه الحالة خطر وضرر به، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠، التاج والإكليل ٢١٨/٤، المهذب ١٧٢/٢، الكافي ٣٨٧/٣، المغني ٦١٨/٧.

(٢) وبهذا قال الشافعية والمالكية في المذهب وقال ابن القاسم إذا انتقل لا يأخذ ولده إلا أن يكون فطيميا وقال أيضا يأخذه إن كان رضيعا إذا كان يقبل غير أمه كما شرط المالكية أن لا ينتقل به الأب إلى البادية ويراد بهم أهل العمود إذ لا قرار لهم ولا يعلم أنه أراد الضرر بالأم، يراجع حاشية المعنى على كنون ٢٦٤/٤، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوي للكبير ٥٢٣/١١، حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ٩٢/٤.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما أمكن الاستدلال به لكل قول أجدني أميل إلى قول الحنفية والظاهرية القائلين بعدم إبطال حق الأم أو من يقوم مقامها من النساء عند عدمها - بسفر الأب ولو كان سفره للنقلة واستيطان بلد آخر، إذ لو جاز للأب أو لغيره من الأولياء إسقاط حضنة الأم بالسفر والانتقال، لكان ذلك بابا للأولياء يلجون منه عندما يريدون إسقاط حق النساء في الحضنة لذلك وجدنا المالكية رغم قولهم بسقوط حضنة الأم بسفر الولي البعيد يشترطون عدم العلم بارادة الضرر بالأم، غير أن ذلك أمر غيبي لا يمكن الاطلاع عليه إذ مرجع ذلك هو نية الأب أو غيره من الأولياء والنيات لا يعلمها إلا الله.

ثم إن أصحاب القول الثاني لم يسقطوا حق الأم في الحضنة إذا كان السفر قريبا والمسافة التي ذكروها للتفريق بين البعد والقرب رغم اختلافهم فيها فجميعها لا يعد مسافة بعيدة اليوم إذ هذه المسافة وأضعافها يمكن قطعها في هذه الأيام في وقت قليل.

ثم إن حق الأم في الحضنة ثابت بالسنة الصحيحة وهي حديث " أنت أحق به ما لم تتكحى ".

فلا يسقط هذا الحق الثابت بالسنة الصحيحة بأمر محتمل وهو حق الأب في حفظ نسب الولد وتأديبه، فالأم يمكنها أن تقوم بتأديبه وتعليمه كما أنها مؤتمنة على نسبة فلا ينزع منها بسفر الأب أو الأولياء.

عود الحضنة بالعود من السفر:

إذا عاد الأب من سفر للنقلة بالولد إلى محله رجع حق الأم في حضنته لزوال المانع^(١).

٢- سفر المرأة :

إذا سافرت الأم أو من يقوم مقامها ممن لهم الحق في الحضنة من النساء عند موتها أو سقوط حضانتها، فهل تظل على حقها في الحضنة أم يسقط ذلك الحق وينزع الولد منها ويدفع إلى من يستحق الحضنة بعدها؟

وللإجابة على ذلك نقول :

إذا كانت المرأة منقضية العدة فلها أن تسافر وتنتقل من بلد إلى آخر وليس للزوج أن يمنعها من ذلك إذ بانقضاء العدة لا سبيل له عليه ولا خلاف في ذلك.

لكن الفقهاء اختلفوا في سقوط حضانتها بالسفر على ثلاثة

أقوال :

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢):

إلى أن سفر المرأة على أقسام فإما أن يكون سفرها إلى مصر وأما أن يكون إلى قرية.

الأول: إن كان سفرها إلى مصر فذلك على أوجه:-

(١) يراجع مواهب الجليل ٢١٨/٤، قليوبي على شرح المحلى ٩٢/٤، المغني ٦١٩/٧.

(٢) البدائع ٤٤/٤، ٤٥، لبحر الرائق ومعه منحة الخالق ١٨٦/٤، ١٨٧، العناية وفتح القدير على الهداية ٣٧٥/٤، وما بعدها.

- ١- أن تخرج إلى بلدها وقد وقع للنكاح فيه فلها ذلك ولا تسقط حضانتها، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق إلا أنه عند قيام النكاح يلزمها اتباع الزوج، فإذا زال فقد زال المانع.
- ٢- أن يقع النكاح في غير بلدها ففي هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال بولدها إلى بلدها، فإن انتقلت سقطت حضانتها لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.
- ٣- أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك^(١)، لأن ذلك ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

(١) ويرى أبو يوسف أن لها ذلك، لأن العبرة بمكان العقد فقط وإليه ذهب الطحاوي والخصاف، البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ٤/١٨٦.

الثاني: أن تسافر به إلى قرية:

إن كان الأب متوطنا في مصر فأرادت نقل الولد إلى القرية فذلك على وجوه:-

١- إن كان قد تزوجها فيها وهي قريتها كان لها ذلك، كما في المصبر وقد سبق دليله.

٢- وإن لم تكن قريتها وكانت قرية زوجها ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك.

٣- وإن لم يقع فيها أصل النكاح فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصبر بل تكون أجفى فيخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل للرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح في القرية.

مما سبق يتبين لنا أن الحنفية يجيزون لها السفر ولا يسقطون حضانتها إذا كان انتقالها إلى مصر هو بلدها وقد وقع النكاح فيه.

كما يجيزون لها ذلك إذا كان انتقالها إلى قرية هي قريتها أو قرية زوجها ما دام قد وقع عقد النكاح فيها ولا يجيزون لها السفر فسي غير ذلك فإن سافرت سقطت حضانتها^(١).

(١) هذا عندهم خاص بالألم فقله فلو ملكت الأم وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل إلى مصرها بالولد لأنه لم يكن بينهما عقد، لأن العقد على الزوجة في وطنها دليل للرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدّة، وغير الجدّة كالجدّة في هذا. البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٤٣/٢.

القول الثاني: وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

أن سفر الأم البعيد يسقط حقها في الحضانة، فإذا عزمست على سفر بعيد سواء كان سفر نقلة أو سفر حاجة^(٢)، فإنه يسقط حقها في الحضانة فينزع الولد منها وتنتقل حضانتها إلى مستحق الحضانة بعدها، وسواء كان انتقالها إلى بلدها أو بلده وسواء كان الطريق مخوفاً^(٣) أو كان آمناً، لأن حفظ نسب الولد مختص بأبيه دون أمه وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به.

القول الثالث: وذهب إليه الزيدية^(٤).

إن للأم أن تنتقله إلى مقرها أينما كان لأن حقها في حضانتها ثبت نصاً بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكح " فلا يبطل بسفر ولا غيره إلا بنص، ولم يوجد فبقى حقها في الحضانة وإن انتقلت به إلى بلد آخر سيما إذا كان عليها ضرر في بقائها في غير مقرها.

(١) المدونة ٣٥٨/٢، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحلوى ٥٢٣/١١، قليوبي وعميرة ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٣٤.

(٢) سبق أن ذكرنا أن سفر الحاجة يجعل المقيم منهما أحق بالحضانة من الممسافر، فإذا كانت المسافرة هي الأم كما في هذه المسألة فالأب أو من يستحق الحضانة بعده من الأولياء أحق بحضانة الولد . يراجع صـ.

(٣) فإذا كان الطريق مخوفاً أو البلد الذي تسافر إليه مخوفاً فذلك أدعى أن ينزع منها الولد، لأن في السفر به خطراً به فإذا منع الأب من السفر به لخوف الطريق منعت الأم من باب أولى.

(٤) السيل الجرار ٤٤٠/٢، ٤٤٢، البحر الزخار ٣٨٥/٤.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الأقوال وما يمكن أن يستدل به لكل منها فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الزيدية من أن لها أن تنقله إلى مقرها أينما كان لا فرق بين أن تنقله إلى بلد أو إلى قرية، أن يكون حدث فيه عقد النكاح أو لم يحدث، ولا ينزع منها الطفل ولا تسقط حضانتها بالسفر والانتقال، لأن حقها في الحضنة ثابت بالنص فلا يسقط إلا بنص، ولم يأت نص يفيد سقوط حقها في الحضنة بالسفر فبطل القول به.

ثم إن في بقائها في غير مقرها ضرر بها ورفع الضرر عنها واجب لحديث " لا ضرر ولا ضرار" (١).

ولا يرفع عنها الضرر إلا بإباحة السفر لها مع ولدها، وفي نزع الولد منها أشد الضرر، وهو مدفوع، ثم إن الحواضن الأجنبية في عهد النبي ﷺ وعهد الصحابة كن ينقلن الأطفال المدفوعين إليهن للرضاع إلى مساكنهن وفي قومهن، ومن جملة من وقع له ذلك رسول الله ﷺ حيث نقلته حليلة عندما استرضعت له إلى دار قومها، وإذا جاز ذلك للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجوز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن؟

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ رقم ١٥٠٠ وابن حجر في بلوغ المرام بشرح الصنعاني ،

٣- سفرهما جميعاً:

إذا سافرت الأم والأب بالمحضون فيما أن تكون وجهتهما واحدة أو أن تكون مختلفة.

أ- إن كانت وجهتهما واحدة بأن سافروا جميعاً إلى بلد واحد وفي طريق واحد فإن الأم تظل على حقها في حضانة الطفل ولا ينزع منها، لثبوت حقها فيها بالنص، ولأن المانع من السفر عند من يقولون تمنع من نقله معها هو تعرض الطفل لخطر السفر، وما يلحقه فيه من ضرر ثابت لدى الطرفين فكانت الأم أولى بحضانته بمالها من حق ثابت فيها.

ب- أما إن كانت وجهتهما مختلفة طريقاً ومقصداً فالأم أيضاً أولى بحضانته من الأب^(١)، لوجود السفر من كل منهما فليس أحدهما بأولى من الآخر، ولكن لما كان حقها في الحضانة ثابتاً نصاً فإنها تكون أولى بالولد لذلك، ما لم يكن طريقها غير مأمون أو فيه إضاعة للولد فيقدم الأب عليها لرفع الضرر الذي يمكن أن يلحق الولد.

(١) حاشية المنى على كنون ٢٦٤/٤، قاييبي على شرح المحلى على منهاج الطالبين ٩٢/٤،

المعنى ٦١٨/٧، ٦١٩. الكافي ٣٨٣/٣.

المطلب الثالث

عود الحضانة بالعود من السفر

إذا قلنا برأى المالكية والشافعية والحنابلة بسقوط حق الأم في الحضانة لسفرها أو لسفر الأب البعيد، أو بقول الحنفية " بسقوط حقها إذا كان السفر إلى بلد غير بلدها أو غير البلد الذي تم فيه عقد النكاح، أو لسفرها من المصر إلى القرية فهل يعود حقها في حضانة الولد؟
اختلف الفقهاء في ذلك:
ف عند المالكية^(١):

إن كان سفرها اختيارا لم يعد إليها حق الحضانة لرضاها بإسقاطها.

أما إن كان سفرها اضطرارا فمتى عادت عاد حقها في الحضانة لأن السفر في هذه الحالة لا يدل على رضاها بسقوط الحضانة.
أما الجمهور^(٢) ممن يقولون بسقوط الحضانة بالسفر فإنهم يقولون يعودها من السفر أو يعود الأب بالولد يعود إليها حقها في حضانتها لزوال المانع.

(١) مواهب الجليل ٢١٨/٤، حاشية المنذرى على كتون ٢٦٨/٤.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المطى ٩٢/٤، المنذرى ٦١٩/٧، تكملة المجموع للمطيعي

المطلب الرابع

الاختلاف في نوع السفر

سبق أن ذكرنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بين سفر النقلة فيسقطون به حق الأم في الحضنة وسفر الحاجة فلا يسقطون حقها به إذا كان المسافر هو الأب فما الحكم إذا اختلفا في نوع السفر فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق بالولد، وقال الأب أسافر نقلة فأنا أحق بالولد؟ يرى البعض^(١) أن القول للأب بلا يمين لأنه أعرف بنيته، ويرى البعض^(٢) التفريق بين المأمون وغيره فإن كان الأب مأمونا قبل قوله بلا يمين، وإن كان متهما قبل قوله بيمين، فإن رد عليها اليمين حلفت وأمسكت للولد.

(١) ذهب إلى ذلك المالكية في المذهب والشافعية، يراجع التاج والإكليل ٢١٧/٤، قليوبي

٩٢/٤، الحلوى ٥٢٣/١١.

(٢) ذهب إلى ذلك بعض المالكية، يراجع التاج ٢١٧/٤.

الفصل الثاني

المستحقين للحضنة

إذا افترق الزوجان بالموت أو بالطلاق وبينهما ولد وتنازع أقربائه في حضنته فلا يخلوا حالهم من ثلاث:

١- أن يكونوا نساء فقط.

٢- أن يكونوا رجالا فقط.

٣- أن يكونوا رجالا ونساء.

ولكل واحد من هذه الثلاثة ما يخصه من أحكام لذا فإننا سنبين هذه الأحكام في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

انفراد النساء بالحضنة

إذا اجتمع أقرباء المحضون وكن نساء فقط لا رجل معهن وهن نوات رحم محرم^(١) منه وهن يصلحن لحضنته فمن أولاهن بها، وما هي غاية حضنة النساء، هذا ما سنبينه في هذين المطلبين

المطلب الأول

مراتبهن في الحضنة

إذا اجتمع النساء وتنازعن في حضنة صبي فأولاهن بها هي الأم لا يقدم عليها أحد، على هذا أجمع أهل العلم^(٢).
ودليل ذلك ما يلي:

أ- روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن أبنئي هذا كان بطني له وعاء وثدي لسه سقاء

(١) لما إن كن نوات رحم غير محرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة فلا حضنة لهن، وكذلك إن كن محرمات لكنهن لمن من نوات الرحم كالمحرمات بالمصاهرة أو الرضاع إذ مبنى الحضنة على الشقة والرحم المحرم هي المختصة بالشقة. البدائع ٤١/٤، ابن عابدين ٦٣٣/٢، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، المنى على كتون ٢٤٩/٤.

(٢) حكى هذا الإجماع الشوكاني وابن رشد يراجع، المصادر السابقة، المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهوني ٣٥٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/٢٠، المغنى ٦١٣/٧، المحلى ٣٢٢/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، نيل الأوطار ٣٢٩/٦، شرح الكنز وحاشية الطائي ١٨٤/١، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣، فتح القدير ٣٦٧/٤.

وحجرى له حواء^(١) وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال
رسول الله ﷺ " أنت أحق به ما لم تتكحى"^(٢).

دل الحديث على أن الأم أحق بالحضنة، ولو كان المنازع لها هو
الأب، حيث قدم حقها على حقها وإذا قدم حقها على حق الأب فإنها تقدم
على من دونه من النساء والرجال.

ب- روى عن سعيد بن المسيب أن عمر طلق أم عاصم ثم أتى
عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذها منها فتجاذباه بينهما حتى بكى
الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له أبو بكر يا عمر مسحها وريحها خسير
له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه^(٣).

فهذا أبو بكر يقضى على عمر بأحقية الأم في حضنة ولدها
والصحابة يومئذ كثير ولم يوجد منهم من أنكر على أبي بكر، ولم يخالف
عمر أيضا فكان ذلك إجماعا منهم على تقديم الأم في الحضنة على
غيرها.

٣- إن الأم أقرب إلى الولد وعليه أشفق وهي بتربيته أخبر وعلى
التشاغل به أصبر فكانت أولى به من غيرها.

(١) الوعاء بفتح اللو، والمد قد يضم الظرف، والحواء بكسر الحاء والمد اسم لكل شيء يحوى
غيره أى يجمعه والمساء بكسر السين ما يسقى منه، أى يسقى منه اللبن، النظم للمستعذب
١٦٩/٢، مختار الصحاح ص ٧٢٩، نيل الأوطار ٢/٣٢٩.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

٢- الجدات من جهة الأم:

إذا عمت الأم أو كانت من غير أهل الحضانة فقد ذهب الجمهور من أهل العلم^(١) إلى أن الحق في حضانة الطفل بعدها ينتقل إلى أمهاتها - جدات المحضون لأمه^(٢)، وإن علون - تقدم منهن الأقرب فالأقرب بشرط أن يكن من أهل الحضانة^(٣).

فإذا كانت أم الأم - جدة المحضون - من أهل الحضانة قدمت على غيرها، أما إن كانت غير أهل لها انتقل الحق إلى من يليها لأن البعيدة لاحق لها إلا عند عدم أهلية القريبة.

وعلى هذا فتقدم الجدة التي من جهة الأم على الجدة التي من جهة الأب ولا خلاف في هذا إلا رواية عن الإمام أحمد^(٤) حيث قال بتقديم

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب والظاهرية والزيديّة، يراجع البدائع ٤١/٤، المبسوط ٢١٠/٥، حاشية النسوي ٥٢٧/٢، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، الحاوي الكبير ٥١٢/١١، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤، الهدية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

(٢) يرى الحنفية والشافعية أن الجدات من قبل أبي الأم يتأخرن أولاً حق لهن في الحضانة لضيف قرابتهن ولا دلائهن بنكر، أما الحنابلة فلا فرق بين أن تنلى بنكر أو بأنثى، المهم أن تكون جدة للمحضون من قبل أمه وكذلك قال المالكية لكن إن اجتمعا قدمت أم أمها على أم أبيها، المصادر السابقة.

(٣) سبق أن بيّنا شروط استحقاق الحضانة تفصيلاً، غير أن الحنفية والمالكية يسقطون حضانة الجدة إن سكنت مع الأم التي سقطت حضانتها بالزواج أو غيره في منزل واحد فيشترط لاستحقاق الجدة الحضانة عندهم - أن تنفرد بالسكنى عن الأم التي سقطت حضانتها، يراجع البحر الرائق ١٨٣/٤، حاشية الرهوني ٢٥١/٤، حاشية النسوي ٥٢٧/٢.

(٤) للمغني ٦٢١/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣.

الجدات من قبل الأب عليهن، إذ إنهن يدلّين بعصبة مع مساوتهن للجدات من قبل الأم في الولادة فكان أولى بالتقديم.

أما دليل الجمهور على تقديم الجدات من جهة الأم مطلقاً فهو أن الحضانة ولاية وهي مستفادة من قبل الأم فكل من يدلّ بقرابة الأم يكون أولى بها، ثم إن الجدة من جهة الأم تشارك الأم في الولادة، وهي أكثر شفقة على ولد ابنتها من غيرها فقدّمت في استحقاق الحضانة لذلك.

وأما دليلهم على تقديمهن على الجدات من جهة الأب فهو:

أ- أن الولادة فيهن متحققة وفي أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

ب- أنهن أقوى ميراثاً من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم.

ج- أنها تنلّ بالأم - وهي مقدمة على الأب، فوجب تقديمها كتقديم الأم على الأب.

ويرى الشوكاني^(١) أن للخالة تقدم على أم الأم مستنداً بحديث

(الخالة أم) فقد جعل الخالة في الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم ولأن رسول الله ﷺ قاله عند وقوع الخصام في الحضانة فدل على أن الخالة مقدمة على غيرها من النساء إذ هي بمنزلة الأم.

(١) المسيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا خلاف الشوكاني لجمهور أهل العلم حيث قدم الخالة على الجدات من قبل الأم مطلقا بحديث (الخالة أم - وفي رواية فإن الخالة والدة) فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدة التي من جهة الأم على الخالة لأن الجدة - أم الأم - أقرب إلى المحضون من الخالة، فقدمت عليها، وأما حديث الخالة أم فيحتمل أن يكون المراد به أنها أم، أو كالأم عند عدم وجود أم الأم أو عدم وجود المنازع لها في الحضنة، ودليل ذلك أن أكثر الروايات التي ورد فيها هذا التشبيه جاءت في قصة ابنة حمزة وتتنازع على وجعفر وزيد فيها مما يدل على أن الجدة للكم كانت معدومة.

أو يقال أن هذا التشبيه غير مراد الظاهر، لأن ظاهر الحديث يوحى بأن الخالة أولى من الأب ومن أم الأم، لأن الأم أولى منهما، لكن قيل أن الأب أقدم من الخالة بالإجماع^(١) وإذا ترك العمل بظاهر الحديث في حق الأب ترك العمل بظاهره في حق أم الأم.

كما أنني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور بتقديم الجدات من قبل الأم على الجدات من قبل الأب لما ذكروه من أدلة، ولأنهن يقمن مقام الأم في ذلك لمشاركتكن للكم في الولادة، ولما كانت الأم مقدمة في الحضنة على الأب كان من يئلى بها مقدم على من يئلى بالأب.

(١) حكى هذا الإجماع الصنعاني في سبل السلام ٢٢٩/٣، كما ذكره الشوكاني في نيل الأوطار ٣٢٨/٦، لكنه نزع في حديثه وحكى الخلاف في ذلك عن الاصطخري الشافعي.

ولأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لجدته أم أمه^(١) وقد كان المنازع لها هو عمر بن الخطاب وهو أب الصبي وكان ذلك في محضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وإذا قضى به للجدّة من جهة الأم والمنازع لها هو الأب فأولى أن يقضى لها بحضنة الطفل عند منازعة غيره.

٣- الجدات من جهة الأب :

إذا عدمت الجدات من جهة الأم أو كن من غير أهل للحضنة فمن يقدم بعدهن من النساء في حضنة الطفل؟ الجدات من جهة الأب أو الخالات أو الأخوات؟ وللإجابة على ذلك نقول اختلف الفقهاء فيمن يقدم من النساء في حضنة الطفل وحاصل خلافهم كالآتي:-

أ- ذهب المالكية والزيديّة^(٢) إلى تقديم الخالات سواء كن شقيقات أو لأم أو لأب^(٣) على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات^(٤).

(١) روى مالك عن قاسم بن محمد قال كان عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إنه فارقها فجاء عمر فباه فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعنقه فوضعه بين يديه على الدابة فلأركته جدة الغلام فنارعتة إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر لبني وقالت للمرأة ابني فقال أبو بكر خل بينها وبينها قال فما راجعه عمر. الموطأ بشرح الزرقاني ٧٢/٢، ٧٣، نصب الرأية ٢٦٦/٣، ٢٦٧.

(٢) يرجع للمدونة الكبرى ٣٥٨/٢، لقولك الدواني ١٠٢/٢، السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٣) ويراد بهن خالات المحضون - أخوات أمه - وعند عدمنهم يقوم مقامهن خالات أم المحضون، وتقدم الشقيقة على التي للأم وتقدم التي للأم على التي للأب، المصادر السابقة.

(٤) وعند عدم الخالات تقدم الجدات من جهة الأب على الأخوات.

وقد ذهب إلى تقديم الخالات على الجدات من جهة الأب الشافعي في القديم وأحمد في روية وهو قول زفر من الحنفية^(١).

واستلوا لتقديم الخالات على الجدات من جهة الأب بما يلي:

١- روى عن النبي ﷺ أنه قضى بينت حمزة لخالتها وقال " إنما الخالة أم " ^(٢) فقد دل الحديث على أن الخالة أم أو بمنزلة الأم، فتقدم على غيرها ممن تقدم عليهن الأم ولا شك أن الأم تقدم على الجدات فقدمت الخالة عليهن.

وقد بالغ قوم في العمل بهذا التشبيه حتى إن الشوكاني^(٣) جعل الخالة مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبي والاستهام عليه.

٢- إن الخالة تنلى بالأم، والجدة من جهة الأب تنلى بالأب، والأم مقدمة في الحضانة على الأب فكذلك يقدم من يدلى بها على من يدلى به. وكذلك الأخت الشقيقة أو لأم تنلى بقرابة الأم واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم فقد من على الجدات من جهة الأب.

ب - وذهب الحنفية والشافعية في الجديد والحنابلة في المذهب^(٤) إلى تقديم الجدات من جهة الأب على الخالة وعلى الأخوات.

(١) إلا أنهم يقومون الأخوات على الخالات كما سيأتي فتكون الجدات من جهة الأب بعد الأخوات وبعد الخالات، يراجع المذهب ١٦٩/٢، المعنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السيل الجرار ٤٣٨/٢.

(٤) البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوي ٥١٣/١١، ٥١٤، المعنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥، الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

وعلى هذا فإن حضانة الطفل عند عدم الجدات لأم، لجنته من جهة أبيه — أم الأب — ثم لأمهاتها وإن علون، ثم تنتقل إلى أم الجد ثم أمهاتها وإن علون^(١).

وقد استدلوا لذلك بما يلي:

- ١- إن أم الأب جدة وارثة — إذ يثبت ميراثها مع الأبناء والخالة لا ميراث لها فقامت الجدة عليها.
- ٢- إن أم الأب لها ولادة وورثة فأشبهت الجدة لأم وهي مقدمة على الخالة فكذا هذه.
- ٣- إنها أشفق على المحضون منهن باعتبار الولاد فقامت عليهن.
- ٤- إن الجدة أم في نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها في الحضنة.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح القول الثاني القائل بتقديم الجدات من جهة الأب على الخالات وعلى الأخوات لما استدلوا به ولما يلي:-

- ١- الحديث الذي استدل به للفريق الأول لا يفيد مدعاهم لأنه يدل على أن للخالة حقا في الجملة وليس للنزاع فيه إنما للنزاع في الترجيح عند الاجتماع وبيان ذلك.

(١) وإنما قامت أم الأب لمباشرتها لولادته ثم تقدم أمهاتها وإن علون، على أم الجد لتقديم الأب على الجد فكان المملى بالأب أحق من المملى بالجد — الحواشي ٥١٣/١١.

أن قوله ﷺ الخالة أم يحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له حق في الحضانة، فإذا لم يدل الحديث على أنها أحق من غيرها كان دالاً على أن لها حق في الحضانة كغيرها فلم يثبت به مدعاهم.

٢- أما قولهم إن الخالة تتلى بالأم فيجاب عنه بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوارثة.

٣- الأخوات:

إذا قلنا بترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدات من جهة الأب على الأخوات والخالات، فعدمت الجدات وتنازع الخالات والأخوات في حضانة الصبي فأيهن يقدم؟

اتفق أصحاب هذا القول على تقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم على الخالات^(١).

وبليلهم على ذلك:

١- أن الأخوات - الشقيقات أو لأم - راضن المحضون في الرحم وشاركته في النسب.

(١) وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنها تتلى بقرابتين ، يراجع البدائع ٤/٤١، البحر

الرائق ٤/١٨٢، الحاوي ١١/٥١٤، المعنى ٧/٦٢١.

- ٢- ثم إنهن قمن على الخالات في الميراث فقد من في الحضنة.
- ٣- ولأن الخالات يبدلن إلى المحضون بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض أو عصبية فكان المنلى إلى نفس المحضون ويرثه كالأخوات أقرب وأشفق فكان أولى بالتقديم.
- وبعد أن اتفق العلماء على ذلك اختلفوا في تقديم الأخت لأب على الخالات، حيث ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبى حنيفة^(١) إلى تقديم الأخت لأب كالشقيقة والتي لسلام، وذلك لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وذهب أبى حنيفة في الرواية الأخرى وهي قول محمد وزفر وبها قال ابن سريج^(٢).

إلى تقديم الخالة على الأخت لأب، لأنها تنلى إلى المحضون بالأم أما الأخت لأب فتتلى بالأب فيقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب.

الترجيح:

والذى أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة في الرواية الأولى من القول بتقديم الأخت لأب على الخالة لما ذكروه من

(١) غير أن الحنفية وابن سريج والمزني يقيمون الأخت للأم على الأخت للأب لأن المنلى بالأم أحق من المنلى بالأب، والشافعية والحنابلة يقيمون الأخت للأب على الأخت لسلام إذ هي أقوى منها فهي تقوم في الميراث مقام الأخت الشقيقة إذا عمت فكذا في الحضنة، تراجع للمصادر السابقة.

(٢) للبدائع ٤/٤١، المحلى ١١/٥١٤، المغنى ٧/٦٢١.

أدلة، ولو فور الشفقة إذ شفقة الأخت على أختها أو أخيها، ولو كانت من أبيها أكثر من شفقة الخالة على ابن أو بنت أختها، والاعتبار في التقدم في باب الحضانة هو توفر شفقة الحاضن على المحضون.

٤- الخالات:

مما سبق يتبين لنا أن بعض الفقهاء كالمالكية والزيديّة يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات، إلا أن الجمهور يجعلونهن في حضانة الصبي بعد مرتبة الجدات من جهة الأب وبعد الأخوات سواء كن شقيقات أو لأم اتفاقاً أو كن أخوات لأب كما هو الراجح.

وعلى هذا :-

فإذا عدم الأخوات أو كن غير مستحقات للحضانة لفقد أحد الشروط انتقل الحق في حضانة الطفل إلى الخالات وتقدم الخالة الشقيقة ثم التي للأب ثم التي للأم^(١).
ويقدمن على العمات اتفاقاً^(٢).

(١) وعلى قول المزني وابن سريج والحنفية تقدم التي للأم على التي للأب ، يراجع الحلوى ٥١٤/١١، المفتى ٦٢٢/٧، البدائع ٤٢/٤.

(٢) أما عند المالكية فلائهن يقدمن على الجدات من جهة الأب، وعلى الأخوات فمن باب أولسى يقدمن على العمات وأما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فلائهن وابن استوين مع العمات في الدرجة إلا أنهن يدلن إلى المحضون بالأم، وهي أولى بالحضنة من الأب فكذا من يدل بها، يراجع البدائع ٤٢/٤، النسوقي والشرح الكبير ٢٥٧/٢، الحلوى ٥١٤/١١، الكافي لابن قدامة ٣٨٢/٣.

العمات :

إذا عدم الخالات أو سقط حقهن في الحضنة انتقل الحق بعدهن إلى العمات لادلاتهن بأخوة الأب كإدلاء الخالات بأخوة الأم^(١).
فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم ، وقيل تقدم التي للأم على التي للأب كما سبق في الخالات والأخوات.

(١) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات.

المطلب الثاني

غاية حضانة المرأة

إذا قلنا بأن للنساء^(١) حق في حضانة الطفل فهل لذلك غاية ينتهي إليها أم لا؟

وليبيان ذلك كان لابد من التفريق بين ما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى لاختلاف الحكم المترتب على ذلك عند بعض الفقهاء .
أولاً: إذا كان المحضون ذكراً:

إذا كانت الحضانة للنساء والمحضون ذكراً فقد اختلف الفقهاء في وقت انتهاء حضانتهم له على أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحابه أن الغلام إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء بأن أكل بنفسه ولبس بنفسه واستجى بنفسه فإن الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء أولى به فينزع من الحضانة له — أما لو غيرها — ويدفع إلى الأب — أو من يقوم مقامه — من غير تخيير للغلام.

(١) هذا إذا نازعين فيها أحد ممن يستحقون الحضانة، أما عند عدم المنازعة فإن حضانتهم تستمر إلى أن يبلغ الغلام وتزوج الأنثى، خلافاً للحنفية القائلين أن الأب أو الوصي يجبر على أخذ الولد من أمه، أو من تحضنه من النساء عند استنائه لأنه أقدر على تربيته وتعليمه. يراجع حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

وقدر واحد الاستغناء بسبع سنين^(١) ذهب إلى ذلك الحنفية^(٢) والهادوية^(٣) ورواية عن أحمد^(٤).

وبلبلهم على ذلك ما يلي:

أ- ما روى أن أبا بكر الصديق قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه.

فقد جعل حضناته لأمه إلى أن يشب فدل على أنه بعد أن يشب لا حضنة لها، وقد كان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان ذلك إجماعاً على سقوط حضنة الأم عند بلوغ الغلام حد الاستغناء.

ب - إن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ سبع بحديث " مروا أولادكم بالصلاة لسبع"^(٥) وذلك لا يكون إلا إذا كان الولد عند الأب.

ج - إن الغلام إذا استغنى عن أمه احتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع

(١) تقديره بسبع هو عين تقديره بأن يأكل ويلبس ويستحي وحده إذ لا فرق، لأنه إذا بلغ سبع أمكنه فعل هذه الأشياء بنفسه ألا ترى إلى ما يروى عن النبي ﷺ أنه قال " مروا أولادكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا" والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، فإن اختلفا في بلوغه السبع نظر فإن كان يأكل وحده دفع إلى أبيه وإلا فلا من غير أن يحلف واحداً منهما، لأن الومين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد في كونه مع أمه قبل السبع ومع أبيه بعدها، انظر: ابن عابدين ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٤/٤.

(٢) المبسوط ٢٠٧/٥، البدائع ٤٢/٤.

(٣) سبل السلام ٢٢٨/٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٢/٣٤، نيل الأوطار ٣٣١/٦.

(٥) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح - السنن للترمذى ٤١٦/١، السنن لأبي داود ١٣٠/١.

أنه لو ترك في يد الأم إلى وقت البلوغ لتخلق بأخلاق للنساء وتعلم آدابهن وفي ذلك ضرر عليه، فكان الأب بحضانته أولى .

د- عموم حديث " أنت أحق به ما لم تتكحى " فهو يدل على عدم التخيير إذ لو كان الاختيار إلى للصغير ما كانت أحق به.

القول الثاني :

إن الذكر لا يخير ويترك في حضانة الأم ^(١) إلى البلوغ ^(٢)، فإذا بلغ ارتفعت عنه الحضانة فيذهب حيث يشاء.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد في رواية ^(٣) وهو قول ابن حزم ^(٤).

ودليلهم على ذلك:

- ١- " حديث أنت أحق به ما لم تتكحى " فلو كان التخيير إلى الصبي ما كانت أحق به ما لم تتكح.
- ٢- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده.

(١) فإذا كان الغلام في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لآبيه يعلمه ويلوى لأمه، بمعنى أنه لا يبيت إلا عند أمه، وإنما لم يمنع من الاختلاف لآبيه لأن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه، في المكتب والصناعات ، التاج والإكيل ٢١٥/٤.

(٢) والمعتبر في بلوغه هو السن أو الاحتلام والانتبات، كما لا يشترط لرفع الحضانة عنه أن يبلغ رشيداً عقلاً قادراً على الكسب في المشهور وقيل يشترط، حاشية الدسوقي ٥٢٦/٢.

(٣) للقولاه النووي ١٠١/٢، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٥٧/٤، ٢٥٨ ، المدونة ٣٥٦/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٤) للمطى ٣٢٣/١٠ ، ٣٣١.

٣- إن من لم يبلغ سن السبع لا يخير إذ لا قول له فكذا من فوق السبع لا يخير إذ لا قول له أيضاً لأنه لم يبلغ بعد.

القول الثالث:

ذهب الشافعية وأحمد في المشهور والزيدية وبه قال شريح وإسحاق^(١). إذا بلغ الذكر حد الاستغناء^(٢) عن النساء خير، فيكون مع من اختاره منهما^(٣) لكن لا يجبر عليها وإن اختاره، فإن اختار الأم فامتعت انتقل الحق إلى من بعدها وإن اختار الأب فامتعت انتقل الحق إلى من بعده وإن امتعاً معاً انتقل الاختيار لمن بعدهما إن كان وإلا أجبر

(١) الحاوى ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤، الكافي لابن قدامة ٣٨٥/٣، ٣٨٦، المسيل للجرار ٤٣٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الأم للشافعية ٩٢/٥، مختصر المزني ص ٢٣٤.

(٢) وقد رو ذلك بمسح سنين أو ثمان لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، المغني ٦١٤/٧.

(٣) فإن اختارهما معا أقرع بينهما لتعذر اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فكان التقديم بالقرعة لحديث استهما عليه، كما يقرع بينهما إن تردد في الاختيار حتى لا يترك وحده فيضيع، فإن اختار الأم لم يمنع الأب من تعاهد وتعليمه إن كان نكراً لكن يبيت عند أمه، وإن اختار الأب لا تمنع الأم من زيارته حتى لا يعود على العقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق به، وإن كان أثنى فليها تكون عند من اختارت لبلاً ونهلاً ولا يمنع الآخر من رويتهما المهذب ١٧١/٢، ١٧٢، المغني ٦١٥/٧، وما بعدها، المسيل للجرار ٤٣٨، ٤٣٧/٢.

الحاكم من تلزمه نفقته^(١) لا فرق في ذلك بين الأبوين وغيرهما ممن يستحقون الحضانة^(٢).

ودليلهم على ذلك:

أ- روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه^(٣).
وفي رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بأبني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعتي فقال: رسول الله ﷺ استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به^(٤).
ففي الحديث دليل على أن الأبوين إذا تنازعا في ابن لهما كان الواجب هو تخييره فمن اختاره ذهب به.

ب- إن التخيير إجماع للصحابه فقد روى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه^(٥) كما روى أن علياً خير عمارة الجذامي بين أمه وعمه ثم قال لأخ له صغير وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته وقال عمارة كنت ابن سبع أو ثمان سنين^(٦) وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر.

(١) حاشية قليوبي ٩١/٤.

(٢) فإن عدم الأب أو كان من غير أهل الحضانة كان الخيار بين الأم والمصبة، وإن عمت الأم كان الخيار بين الأب ومن يستحق الحضانة بعدها، الحلو ٥٢١/١١، المغني ٥١٦/٧.

(٣) السنن لأبي داود ٢٩٢/٢، السنن الكبرى للبيهقي ٣/٨.

(٤) رواه أبو داود في السنن ٢٩٢/٢، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٥) السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٦/٧، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٦) برالجع الأم للشافعي ٩٢/٥، السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٧/٧.

فإذا ثبت التخيير عن عمر وعلى بمحض من الصحابة من غير أن ينكر ذلك أحد كان هذا إجماعاً من الصحابة على تخيير الغلام ببلوغه حد الاستغناء، وسواء كان المنازع للأب أو غيره من العصبة، كما فعل على مع أم عمارة وعمه.

ج- إن النبي ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فقد خالف في حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها فوجب أن يكون حكمه في الحضانة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

د- إن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

هـ- إن المقصود من الحضانة هو طلب الحظ للولد ومع ظهور تمييزه يكون أعرف بحظه فوجب أن يرجع إلى خياره لأنه أعرف من يرها ما يدعوه إلى أن يختار أباها به.

وأعلم أن الذي يخير هو من كان مميزاً عاقلاً عقل مثله ليذكر حظ نفسه في الاختيار، أما المجنون الذي لا يميز بين منافع ومضاره فلا يخير ويكون مع أمه كحاله في زمان الصغر^(١).

(١) تراجع الحلوى ٥٠١/١١.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلتهم فإنني أرى أن القول الثالث القائل بتخيير الصبي إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء هو الأقوى دليلاً لما يلي:

- ١- صحة حديث التخيير الذي استدلوا به وهو نص في محل الخلاف، وإذا صح قدم على الرأي إذ لا مجال للرأي عند وجود النص.
- ٢- فإن قيل إنه معارض بحديث (أنت أحق به ما لم تتكى) فيجواب عنه بوجهين :

أ- إن حديث - أنت أحق به الخ إن كان عاماً في الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصه أو يقيد به هذا يجمع بين الدليلين.

ب- أو يقال المراد بكونها أحق به فيما قبل السن التي يخير فيها لا فيما بعدها بقرينة حديث التخيير.

٢- ثبوت التخيير عن عمر وعلى وأبي هريرة وهي قصص في مظنة الشهرة ولم تتكرر فصار ذلك إجماعاً فلا تجوز مخالفته.

٣- قول الحنفية إن الأب أدرى بمصالح المعاش وما فيه منفعة الصبي في حاله ومآله مردود بأن ذلك ممكن مع كون الصبي مع أمه وفي حضانتها، لأن تخييره بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتعليمه وتقويمه.

٤- قولهم إنه لا حكم لقوله فيجاب، بأن لا حكم لقوله في الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة، لكن بحكم بقوله في المصالح وفي الأذان

وقبول الهبة، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلى بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال فى الصلاة^(١) فلو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه، فكان تخييره فى حق نفسه أولى .

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا أن حجة أصحاب القول الثالث هى الأقوى إلا أننى أرى أن الأولى بالعمل هو أن يقال — التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد— فلو كانت الأم أصون من الأب أو أغير منه قدمت عليه ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتل الشريعة غير هذا خاصة إذا قلنا أن حديث التخيير واقعة عين لا عموم فيها، والله يقول: ﴿ قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾^(٢) والنبي ﷺ قال " مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب أو تعلمه القرآن والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به من غير تخيير وكذلك العكس ومما يؤيد ذلك — أن حديث التخيير ورد فى بعض طرقه أن النبي ﷺ دعا لتلك الغلام فقال اللهم سده، فببركة دعاء الرسول ﷺ اختار ما هو أنفع له.

(١) رواه أبو داود ١٠٧٧/١.

(٢) بعض الآية ٦ من سورة التحريم.

٢- إذا كان المحضون أنثى:

كما اختلف الفقهاء في وقت حضنة النساء بالنسبة للذكر اختلفوا في وقت حضنتهن بالنسبة للأنثى وحاصل خلافتهم يتمثل في خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية (١):

إلى التفريق بين ما إذا كان النزاع بين الأب والأم والجدة أو بينه وبين غيرها من النساء (٢).

فإذا كان النزاع بين الأب والأم أو الجدة فهي على حقها في حضنتها حتى تحيض (٣). أو تبلغ حد الشهوة (٤) على المفتى به أو تزوج (٥) فإن زوجت أو بلغت حد الشهوة ولو لم تحض سقطت حضنتها، وتسلم إلى أبيها من غير تخيير في غير المزدوجة حيث تستقل بنفسها،

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، ٢٠٨، البدائع ٤٢/٤، ٤٣، رد المحتار ٦٤١/٢، ٦٤٢، البحر الرائق ١٨٤/٤، ١٨٥.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية، وعند محمد وهو المفتى به أن الأم والجدة كغيرهن تترك الأنثى في حضنتهن إلى أن تستهي فقط - ابن عابدين ٦٤٠/٢.

(٣) ولو اختلفا في حبضها فالقول للأُم لأنه يدعى سقوط حقها وهي تنكر والقول للمنكر في الشرع وقيل ينبغي أن ينظر إلى سنّها فإن بلغت سنّاً تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول لسه وإلا فلها، رد المحتار ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٥/٤.

(٤) اتفقوا على أن بنت إحدى عشر مشتهة وقيل بنت تسع فصاعداً مشتهة اتفاقاً والأصح أن ذلك ليس له حد مقدر لأنه يختلف باختلاف حال المرأة، البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢.

(٥) هذا إذا زوجت بعد أن صلحت للرجال أما إن زوجت قبل أن تبلغ ولم تصلح للرجال بعد لم تسقط حضنتها إلا في رواية عن أبي يوسف إذا كان الزوج يستأنس بها. البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤١/٢.

إلى أبيها من غير تخيير في غير المزوجة حيث تستقل بنفسها، وإنما فرقوا بينها وبين الذكر في هذا وكان القياس أن تترك عند الأم إلى البلوغ كما في الغلام، لأن الحضانة نوع ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما إلا أن الحنفية تركوا القياس في الغلام بإجماع الصحابة فبقى الحكم في الأنثى على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقوم وأقدر، وهذا المعنى ليس موجوداً في الأنثى فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عن طمع فيها لكونها لاحقاً على وضئ فلابد ممن ينوب عنها، والرجال على ذلك أقدر ثم إنها إذا بلغت تحتاج إلى التزويج وولاية ذلك إلى الأب.

كما أنها تصير عرضة للفتنة وتكون مطمعة للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

أما إن كان المنازع للأب غير الأم والجدة من نوات الرحم المحرم من النساء كالأخوات والعمات والخالات، بأن كانت الأنثى في حضانتهم فالحكم في الأنثى هو الحكم في الذكر، وهو أن تترك في أيديهم إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى

الأب، لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخداما، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فلا يحصل المقصود من الحضانة وهي تعليمها وتخليقها بأخلاق النساء بخلاف الأم والجدة فيقدرن على استخدامها شرعا.

وإذا ثبت أن غير الأم والجدة لا يقدرن على استخدامها لم يكن هناك ما يدعو إلى بقاء حضانتهم بعد أن تبلغ حد الاستغناء فتسلم إلى الأب احترازا عن الوقوع في المعصية.

القول الثاني :

وإليه ذهب المالكية وأحمد في رواية وهو قول الليث بن سعد^(١) أن الأنثى تترك في حضانة أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت مبلغ النكاح وكانت الأم^(٢) في حرز وتحصين ومنعة فهي على حضانتها حتى تنكح^(٣) وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة ما دامت بكرا.

فإن خيف على البنت في موضع الأم، ولم تكن الأم في تحصين ولا منعة أو تكون الأم غير مرضية في نفسها ضمت البنت إلى أبيها أو

(١) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٥٧/٤، ٢٥٨، القولا للدواني ١٠١/٢، المدونة الكبرى ٣٥٦/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٢) يلاحظ أن غير الأم من الجدات والعمات والخالات يقمن مقام الأم عند فقدها أو سقوط حضانتها، يراجع المدونة ٣٥٧/٢، حاشية الرهوني على الزرقاني ٣٥٨/٤.

(٣) فإن تزوجت بعد البلوغ تسقط حضانتها الأم ولا تعود إليها وإن طلقت البنت، أما إن زوجت قبل البلوغ فتسقط حضانتها أيضا لكنها تعود بطلاق البنت. مواهب الجليل ٢١٤/٤.

غيره من الأولياء عند فقدته إذا كان في الموضع الذي تبضم إليه كفاية وحرزا.

ودليلهم :

أن للأُم حق في الحضانة بقوله ﷺ " أنت لُحَق به ما لم تتكحى " فإن كانت في حرز وتحصين ولا يخش على البنت عندها فهي على حقها لا ينزع عنها، لأن النبي ﷺ جعل لها الحق دون غيرها من غير أن يحد ذلك بوقت ولم يسقط عنها هذا الحق إلا إذا نكحت، فما لم تتكح تظل على حقها في حضانة بنتها أبداً إلى أن تزوج، أما إن كانت في غير حرز أو تحصين أو كانت هي غير مرضية نزعت البنت منها وتدفع إلى ابنتها لأن في بقاء البنت عندها بعد بلوغها والحال هذا ضرر عليها والضرر مدفوع إذ لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث:

وذهب إليه الشافعية والزيديّة^(١).

أن الأنثى إذا بلغت حد الاستغناء عن الأم فإنها تخير بين أبيها فتكون مع من تختاره منهما^(٢).

(١) الحلوى الكبير ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، قلوبى ٩١/٤، السيل الجرار ٤٣٧/٢.
(٢) الأنثى كالذكر في جميع الأحكام، فقد الاستغناء هو سبع أو ثمان، وأنها إذا ترددت في الاختيار أو اختارتها مما فاته يقرع بينهما، وأنه لا فرق بين أن يكون التنازع بين الأبوين أو بين غيرهما فإن لم يكن أب يكون للتخيير بين الأم والمستحق للحضانة بعده من العصة، وإن لم تكن أم كان للتخيير بين الأب أو غيره من العصة وبين الجدة أو مستحق الحضانة غيرها من النساء، كما أن الحضانة لا يجبر عليها ولحد منهما وإن اختاره الصبي فلو اختارت البنت أحدهما فامتنع انتقل الحق إلى من يليه ولا يجبر على قبولها، انظر قول الشافعية في تخير الغلام صـ.

وأدلتهم على ذلك هي نفس الأدلة التي ذكروها في تخير الغلام فلا حاجة إلى إعادتها.

القول الرابع:

وذهب إليه الحنابلة في ظاهر المذهب^(١).

أن الأنثى تترك في حضنة الأم إلى أن تبلغ سبع سنين ثم تنتقل حضانتها إلى أبيها ولا تخير.

أ- أما دليل عدم تخيرها فهو أن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إلى ذلك فروعى جانبها في ذلك.

ب- أما دليل ضمها إلى أبيها ونزعها من حضنة أمها فهو:-

١- أن الغرض بالحضنة الحفظ والحفظ للبنات بعد السبع في الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها.

٢- أن البنات إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج بدليل تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع^(٢) وإنما تخطب البنت من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره.

(١) فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٤، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٦، المغنى ٧/٦١٦، ٦١٧.

(٢) البداية والنهاية لابن كثير ٢/١٥٧، السنن لابن ماجه ١/٦٠٤، السنن لابي داود ٤/٢٨٥.

القول الخامس: وذهب إليه ابن حزم (١):

أن الأم على حقها في حضانة الأنتى إلى أن تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض فهي أملك بنفسها وتسكن حيث أحببت إذا أمنت من الوقوع في معصية وإلا كان للأب أو غيره من العصبة أو الحاكم منعها من ذلك وأن يسكنها حيث يشرفان على أمورها.

الرأى المختار:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أرى أنه لا يسلم منها قول من نقد وجه إليه فلا أستطيع أن أرجح منها رأى بإطلاقه على آخر وبيان ذلك:

أولاً:

ما ذهب إليه ابن حزم من أنها إذا بلغت المحيض ترفع عنها الحضانة، ولها أن تسكن بمفردها وتستقل عنهما لا يمكن العمل به خاصة مع فساد الزمان، فالأنتى ولو كانت كبيرة عاقلة رشيدة تحتاج إلى الحفظ والستر ولذا نهيت عن السفر إلا مع زوج أو محرم لحاجتها في حفظها إلى الرجال - وهذا مع كبرها - فكيف بها إذا كانت صغيرة مميزة وبلغت سن فوران الشهوة فيها وهي قابلة للانخداع.

لذلك نجده يقول إن خيف عليها كان للأب أو الحاكم أو الجيران منعها من ذلك، فإذا لم تكن لهم ولاية عليها فكيف يحق لهم أن يمنعوها، لذلك فإننى أرى وجوب بقاء الحضانة عليها وعدم استقلالها ولو بلغت.

ثانياً:

القول بتخييرها أيضا قول معيب، لأنها إذا خيرت فكانت عند الأم تارة وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها وتبرجها وانتقالها من مكان إلى مكان، ولا يبقى الأب موكلا بحفظها ولا الأم لأن العادة أن ما يتناوب الناس على حفظه يضيع.

ثم إن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر في الإحسان والصيانة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة في حفظها، ثم إن تردها بين الأبوين يجعلها لا يجتمع قلبها على مكان معين ولا يجتمع قلب أحد الأبوين على حفظها، ثم إن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخل بكمال حفظها ويكون زريعة إلى ظهورها وبروزها فيكون الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

كما أنه لم يرد في تخييرها نص حتى يعول عليه، وقياسها على الولد لا يصح إذ الفرق ظاهر بين تخييرها وتخيير الابن لا سيما والولد محبوب مرغوب والبنات مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيها مع رغبتها فيه فكيف مع زهدا فيه، فالأصلح لها لزوم أحدهما لا التردد بينهما.

ثالثا:

إذا قلنا بعدم استقلالها وبعدم تخييرها فلمن تكون الحضانة من الأبوين:

البعض يجعلها للأم والبعض الآخر يجعلها للأب كما سبق.
غير أني أرى أن المراعى في ذلك هو صيانة البنات فيجب أن تكون الحضانة لمن يصلحها ويدفع مفسدتها منها لذا نجد المالكية

يفرقون بين حال تكون الأم في حرز وتحصين فيجعلون لها الحضانة وبين أن تكون في غير حرز وتحصين أو تكون غير مرضية فينزعون البنات عنها.

فإذا كان أحد الأبوين حافظا لها والآخر يضيعها فلا شك أنها تجعل عند من يحفظها أبا كان أو أما.

فإذا فرض أن الأب ديوث لا يصونها والأم تصونها فإن الأم تكون أولى بحضانتها من غير نظر إلى اختيارها، وإذا كان الأمر على العكس من ذلك قدم الأب وسقطت حضانة الأم ، لأنها ولاية مصلحة فالمعتبر فيها هو ما يصلح به المحضون.

وعلى هذا فإني أرى أن الأولى بالحضانة هو من يحفظ الأنثى ويصونها ويأمرها بالطاعة ويبعدها عن المعصية منهما.

شروط التخيير:

مما سبق علمنا أن بعض الفقهاء يقول بتخيير المحضون ببلوغه حد الاستغناء سواء كان ذكرا أو أنثى، ومنهم من يخير الذكر دون الأنثى إلا أن هذا التخيير عندهم مشروط بثلاثة شروط^(١):

الشرط الأول: أن يكون المحضون عاقلا.

فإن كان معتوها أو مجنونها لم يخير ويكون عند الأم، لأن المجنون والمعتوه لا يميز بين منافعهم ومضارهم فيصير بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا.

(١) الحلوى ٥٠١/١١، المغنى ٦١٦/٧.

ولو خير الولد فاختر أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل
اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت
الأم أولى لأنها اشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفولته.

الشرط الثاني: انتهاءه إلى السن التي يستحق للتخير فيها:

وقدروها بسبع أو ثمان — وليس ذلك اختلاف قولين بل هو
اختلاف حالين في مراعاة أمره في ضبطه وتحصيله ومعرفة أسباب
الاختيار فقد يتقدم ذلك فيه ويوجد لسبع لفرط نكائه وقد يتأخر لقلّة فطنته
فالأول يخير لسبع والثاني يخير لثمان.

الشرط الثالث: أن يكون الأبوين من أهل الحضانة:

يشترط فيمن يقع للتخير بينهما — أباً وأماً — أو غيرهما ممن
يقوم مقامها أن يكونوا من أهل الحضانة بأن تتوفر فيهم شروط استحقاق
الحضانة، وهي العقل والإسلام والعدالة واجتماعهما في وطن واحد وخلو
المرأة عن الزوج وقد سبق بيان ذلك مفصلاً.

المبحث الثاني

انفراد الرجال بالحضانة

إذا اجتمع الرجال من أقارب الطفل يتنازعون حضائته منفردين عن النساء ، حيث لا نساء ، أو كان معهم نساء وسقط حقهن في الحضانة، فمن الذي يستحق الحضانة منهم، وما هي مراتبهم فيها؟ ولكي نجيب على ذلك فإننا سنحصر كلامنا في مطلبين:

المطلب الأول

المستحقون للحضانة من الرجال

المستحقون للحضانة من الرجال : ثلاثة أصناف

الصنف الأول: هم العصابة الوراثين^(١):

فلا حضانة لذكر تكون قرابته للمحضون من جهة النساء، وعلى هذا فلا حضانة لذوي الأرحام كالجد لأم^(٢) والعم لأم والخال وابن الأخت وبنو الخالات والعمات والأخ. لأم مع وجود أحد من أهل الحضانة وهم العصابة.

(١) البدائع ٤٣/٤ رد المحتار ٦٣٨/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، الفواكه الدواني ١٠٣/٢، الحاوي ٥١٦/١١، ٥١٧، شرح المحلى على المنهاج مع تليوي ٨٩/٤، المغنى ٦٢٢، ٦٢٣/٧، نكاحي لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) وافق المالكية الجمهور في القول بأن الجد لأم لا حضانة له ولم يخالف في ذلك إلا اللخمي حيث يرى أن له فيها حقاً لأنه أب ذو حنان تفضل عليه الدية ويسقط عنه اللود، وعلى هذا فمرتبة تلى مرتبة الجد لأب، فيكون متوسطاً بين الجد لأب وابن الأخ، يرجع التسوقى والفرج الكبير ٥٨٢/٢، المواهب والنتاج ٢١٦/٤.

ولعل السبب في عدم استحقاقهم للحضانة هو أن الذكور من نوى الأرحام فاقنون لآلة للتربية وهي الأنوثة التي هي السبب الأقوى في استحقاق الحضانة، فهم ليسوا نساء يتولون الحضانة بأنفسهم ولا لهم قوة قرابة كالعصبات.

ويشترط في العاصب حتى يستحق الحضانة أن يكون محرماً للمحضون وإن كان أنثى^(١).

وعلى هذا فلا حق لابن العم في حضانة ابنة عمه — وإن كان عاصباً لها — لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها. أما إذا كان المحضون ذكراً فإن لابن عمه الحق في حضانته عند عدم من هو أولى منه لأنه عصبه له.

الصنف الثاني :

الوصى^(٢) وهو من يعينه الأب لرعاية أبنائه من بعده، ويلحق به وصى الوصى ومقدم للقاضي.

ومحل استحقاق الوصى للحضانة فيما إذا كان المحضون ذكراً صغيراً أو كبيراً، أما إن كان المحضون أنثى فإن كانت كبيرة لا حق له في حضانتها إلا إذا كان محرماً لها أو كان الوصى أنثى.

(١) ذهب إلى ذلك الجمهور، وذهب الشافعية في الصحيح إلى عدم سقوط حقه ففسى الحضانة لو فور شفقة بالولاية لكنهم يقولون لا تسلم إليه الأنثى المشتبهة وإنما إلى ثقة يعينها هو كبنته ونحوها بشرط كونها ثقة: قلاوي وشرح المطى على المنهاج ٨٩/٤.

(٢) لم يقل بهذا إلا المالكية، يرجع القول له النووي ١٠٣/٢، النسوي والشرح الكبير ٥٢٨/٢، التاج والإكلیل مع المواهب ٢١٦/٤.

أما إذا كانت صغيرة فإن له حق حضانتها ولو لم يكن محرماً لها وقيل ليس له الحق في حضانة الأنثى مطلقاً، إذ ليس بينه وبينها محرم.

الصنف الثالث: ذوى الأرحام عند عدم غيرهم:

إذا لم يوجد أحد من المستحقين للحضانة من العصابات أو وجد وسقط حقه فيها، ووجد أحد من ذوى الأرحام المحرمين^(١) كالخال وأبو الأم وابن الأخت والأخ لأم فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو وجه للشافعية والحنابلة^(٢) إلى أنهم يستحقون الحضانة ويتقدمون على الأجانب، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم الوارث فكذا يحضنون عند عدم من يحضن.

المطلب الثاني

مراتبهم

بعد أن ذكرنا المستحقين للحضانة من الرجال إجمالاً نذكر الآن مراتبهم فنقول:

١- الأب:

(١) احترز به عن ذوى الأرحام غير المحرمين كابن العم والخالة حيث لا حق لهم لعدم المحرمية، رد المحتار ٦٣٩/٢.

(٢) وللشافعية والحنابلة وجه آخر أنه لا حق لهم في الحضانة فهم والأجانب فيها سواء فإن قدموا فمن طريق الأولى دون الاستحقاق والانتقال الأمر إلى الحاكم، يراجع الحساوي ٥١٦/١١، المغني ٦٢٣/٧، الكافي ٣٨٣/٣، البحر الرائق ١٨٤/٤.

مما لا خلاف عليه أن أحق الذكور بالحضانة هو الأب لأختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة.

٢- للجد وإن علا:

يأتى فى المرتبة الثانية بعد الأب أبائه الذين ولدوه يتقدم بها الأقرب فالأقرب ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها من الأخوة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء^(١)، ولم يخالف فى هذا إلا المالكية^(٢).

حيث يقولون بتقديم الوصى على جميع العصابة غير الأب. كما يقولون بتقديم الأخ على الجد سواء كان قريباً أو بعيداً وإنما قدم الوصى على العصابة لأنه مقدم بإجتهاد الأب ومن اجتهد فيه الأب أقوى وأولى، ولو علم أن ذلك التقديم كان لثنان بين الأب وبين جد الولد أو أخيه لقدم الجد والأخ على الوصى لأن الوصى فى تربيته غيرهما لولدهما مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم تكن حسن نظر.

أما إن كان الثنتان بين الأب وعم الولد أو ابن عمه فإنه يقدم عليهما الوصى لأنهما يتهمان فى عدولته والإساءة إليه لعداوة الأب. الأخوة^(٣).

إذا عم الأجداد كان الأخوة أحق بالحضانة من غيرهم وأولاهم

(١) للبدائع ٤/٤٣، رد المحتار ٢/٦٣٨، الحاوى ١١/٥١٧، ٥١٨، المغنى ٧/٦٢٢.

(٢) يرجع النسوقى والشرح الكبير ٢/٥٨٢، التاج والإكليل ٤/٥١٦، حاشية المنسى على كنون ٤/٢٥٢.

(٣) سبق أن ذكرنا أن المالكية يقدمون الأخ على الجد فى استحقاق الحضانة، وأن لجمهور يقولون بتقديم الجد وإن علا على الأخوة، فنظر ما سبق.

بها الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ الأم^(١).
٤- أبناء الأخوة^(٢):

إذا عدم الأخوة وكان لهم أبناء فنأزع الأعمام في حضنة الصبي
فقد ذهب الجمهور^(٣) إلى تقديم أبناء الأخوة على الأعمام لقوة تعصبهم
في حجب الأعمام عن الميراث، وعلى هذا يقدم بها ابن الأخ الشقيق ثم
ابن الأخ لأب ثم أبنائهم وإن سفلوا.
ولا حق فيها لابن الأخ لأم إلا عند المالكية لأنه غير وارث عند
الشافعية ولأنه من نوى الأرحام عند غيرهم وقيل^(٤) يقدم الأعمام على
أبناء الأخوة، لأنهم أقرب منهم درجة.
٥- الأعمام:

يأتى بعد أبناء الأخوة في استحقاق الحضنة أعمام الصبي يتقدمهم
العم الشقيق ثم العم للأب، ولا حق فيها للعم لأم^(٥) لأنه لا يرث.

(١) هذا عند المالكية والشافعية غير أن المالكية يقدمون الأخ لام على الأخ لأب، أما الحنفية
والحنابلة فإن الأخ لام من نوى الأرحام فلا حق له في الحضنة عند وجود من هو أولى منه
من العصبة، يراجع: البدائع ٤/٤٣، لفؤلكه لدواني ٢/١٠٣، الحلوى ١١/٥١٨، الكافي
لابن قدامة ٣/٢٨٣.

(٢) سبق أن ذكرنا أن للخمى للملكى يقدم الجد لأم على ابن الأخ في استحقاق الحضنة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية في وجه يراجع الحلوى ١١/٥١٨.

(٥) إلا عند المالكية حيث يقولون باستحقاقه للحضنة ويقدمونه على العم لأب — حاشية الدموقي

٢/٥٢٨.

ثم تنتقل بعدهم إلى أبنائهم وإن سفلوا يتقدمون بها على أعمام الأب^(١) لكن لا تدفع إليهم الأنثى لأنهم غير محارم كما سبق.

٦- إذا لم يوجد من العصابة أحد أو وجد وسقط حقه ففى الحضنة انتقلت إلى نوى الأرحام على خلاف فى ذلك^(٢).

عند التساوى^(٣): إذا تساوى اثنان من أهل الحضنة كأخين وعمين ونحوهما فإننا نقدم من كان عنده صيانة وشفقة على مساويه فى المرتبة إذا خلا عن ذلك، فإذا كان عندهما صيانة وشفقة وأحدهما أكثر من الآخر صيانة وشفقة للمحضون عن غيره فإنه يقدم.

فإن وجد عند أحدهما الصيانة ووجد عند الآخر الشفقة فقبل يقدم صاحب الشفقة، فإن تساوا فى الصلاح والشفقة قدم الأكبر سناً فإن تساوا فى كل شئ أقرع بينهما.

(١) حاشية ابن عباين على قدر المختار ٦٣٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية النعوى ٥٢٨/٢.

(٢) لولاهم بها الأخ لأم ثم لولاده ثم العم لأم ثم الخال المتفق ثم لأب ثم لأم وقبل بغير ذلك الترتيب، هذا عند الجمهور أما عند المالكية فإن الجد لأم من المستحقين للحضنة عند اللخمى وكذلك الأخ لأم وابنه والعم لأم وابنه كلهم يستحقون الحضنة ويقدمون على الأخ لأب وابنه وعلى العم لأب وابنه كما سبق، يراجع البحر الرائق ١٨٤/٤، الشرح الكبير ٥٢٨/٢، الحاوى ٥١٧/١١، الكافى ٢٨٣/٣.

(٣) يراجع البدائع ٤٢/٤، البحر الرائق ١٨٤/٤، الفولكه الدوائى ١٠٣/٢، للتاج والإكليل ٢١٦/٤، المفنى ٦٢٤/٧، المحلى ٣٢٤/١٠.

المبحث الثالث

اجتماع الرجال والنساء

إذا اجتمع للرجال والنساء وتنازعا حضانة الطفل فايهم أولى أن يقدم على غيره؟
وهل يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه أم لا؟ إليك بيان ذلك في مطلبين:

المطلب الأول

فيمن يقدم بالحضانة

اتفق الفقهاء^(١) على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب ما لم يمنع من ذلك مانع^(٢) ودليل ذلك:
أ- روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تتكحى"^(٣).
فقد حكم لها النبي ﷺ بحضانة الطفل دون الأب فدل على تقديم حقها في الحضانة على حقه.

(١) المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٤٩/٤، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨١، المعيل للجرار ٢/٤٣٨، المحلى ١٠/٣٢٣، سبل السلام ٣/٢٢٧، نيل الأوطار ٦/٣٢٩.

(٢) سبق أن ذكرنا الشروط الواجب توافرها في مستحق الحضانة فإذا اختلف شرط منها كان ذلك مانعاً من استحقاق الحضانة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ب- ما روى أن أبا بكر قضى على عمر بن الخطاب بحضانة ابنه عاصم لأمه وقال له ريحها وحجرها خير له من غسل وسمن عندك يا عمر^(١).

فهذا أبو بكر يقضى بتقديم الأم على الأب في حضانة الطفل والصحابه مجتمعون ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً على تقديم الأم في الحضانة على غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب.

ج - إنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهي في الأب مظنونة فكانت أولى.

د- أنها أكثر حنواً وإشفاقاً فكانت أولى.

هـ- إنها بتربيته أخبر وعلى التمشاغل به أصبر فقدمت على غيرها.

٢- أمهات الأم:

إذا عدت الأم أو سقط حقها في الحضانة فأولى الناس بحضانة الطفل من أقربائه جنته لأمه - أم أم المحضون - ثم أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ذهب إلى هذا الجمهور من أهل العلم^(٢). ولم يخالف هذا إلا الحنابلة في رواية ضعيفة عن أحمد^(٣) أن الأب يقدم عليهن فيكون أولى منهن بحضانة الطفل عند عدم الأم أو سقوط

(١) سبق ذكر الأثر.

(٢) هذا إذا لم يمنع من استحقاقها للحضانة مانع كما سبق بيانه صـ راجع البحر الرائق ومنحه الخالق ١٨٢/٤، الفواكه الدواني ١٠٢/٢، الأنواع في حل ألفاظ ابن شجاع ١٩٤/٢، الكافي لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٢/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤.

(٣) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدم من على الأمهات لأم يرجع المعنى ٦٢٣/٧.

حضانتها، والشوكاني^(١) حيث ذهب إلى تقديم الخالة عليهن. والأصح ما عليه الجمهور من أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها وإن علون، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة، وهي أم تدلى بأُم فكانت مقدمة على غيرها، ولأنهن — الجدات من جهة الأم — نساء ولانتهن متحققة فكن في معنى الأم فقد من.

٣- الأب:

إذا عدت الأم وأمهاتها أو سقطت حضانتهم فقد ذهب الشافعية^(٢) والحنابلة في المذهب^(٣) وللظاهرية^(٤) والزيدية^(٥). إلى القول بانتقال الحق في الحضانة إلى الأب، لأن له من الولادة والاختصاص بالنسب وفضل الحنو والشفقة ما ليس في غيره ممن عسّم الولادة، ومن اختص بالولادة من الرجال والنساء يقدم في الحضانة على غيره ممن عدما، فإن تساوى في الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالانوثية المختصة بالتربية. وذهب الحنفية^(٦) وهو قول الاصطخري الشافعي^(٧).

-
- (١) حيث يعتبرها مع الأب كالألم معه يثبت بينهما لتخير للصبي واستدل لذلك بحديث (الخالة أم) يراجع السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦ .
- (٢) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت أم والخالة أحق من الأب فيقدمن على الأمهات أم يراجع للمعنى ٦٢٣/٧.
- (٣) ولأحمد رواية أخرى أن الخالات يقدمن على الأب وكذلك الأخت أم — المعنى ٦٢٣/٧.
- (٤) المعنى ٣٢٣/١٠.
- (٥) ويرى الشوكاني تقديم الخالة على الأب — السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٨.
- (٦) البحر الرائق ١٨٣/٤.
- (٧) الحاوي ٥١٩/١١.

أن النساء يتقدمن في حق الحضانة على الرجال^(١) ويقدم
منهن من كان من جهة الأم على من كان من جهة الأب وقد سبق بيان
مراتب النساء في الحضانة في صـ

وقريب من قول الحنفية ما ذهب إليه المالكية^(٢).

من القول بتقديم الخالات وكذلك الجدات لأب وإن علون على
الأب وقد سبق أيضا صـ .

٤- الجدة من جهة الأب:

سبق أن ذكرنا أن الحنفية والمالكية يقدمون الجدات من جهة الأب
على الأب في استحقاق الحضانة^(٣).

أما الزيدية^(٤) فإنهم يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب إذ
منزلتهن بعد منزلة الأب.

أما الشافعية والحنابلة^(٥) فيجعلون الحضانة بعد الأب عند عدم
وجوده أو سقوط حقه فيها لامهاته وإن علون.

٤- الجد وإن علا:

يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية^(٦).

(١) حيث جعلوا منزلة العصة متأخرة بعد جميع النساء والأب من العصة فكان متأخرا عنهن.

(٢) التاج ٢١٥/٤، الفولكه الدوقى ١٠٢/٢.

(٣) يرجع صـ.

(٤) السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٥) الحلوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧.

(٦) المصادر السابقة، المحلى ٣٢٣/١٠.

أن حق الحضانة بعد أمهات الأب ينتقل إلى الجد ثم لأمهاته ثم إلى أبي الجد ثم أمهاته، حتى يستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها. وعند الحنفية منزلة الجد متأخرة عن منزلة الأخوات والخالات لأنه من العصبية وكذلك عند المالكية^(١).

٦- الأخوات والأخوة:

إذا انقرض المستحقين للحضانة من الآباء والأمهات انتقلت عند الحنابلة وللشافعية في أحد وجهين^(٢) إلى الأخوات وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخت من الأم.

وإنما قدم على الأخوة لأنهن نساء من أهل الحضانة فقد من على من في درجتهم من الرجال كالأم تقدم على الأب وقيل الأخ أحق بالحضانة منهن لأنه من العصبية يحق له القيام بتأديب المحضون وتقويمه، كما له أن ينقله إلى وطنه عند الانتقال من مكان الحضانة والأصح تقديم الأخت على الأخ لأنها أنثى أشفق وأعطف.

وعند الحنفية^(٣) تنتقل الحضانة للأخوات بعد أم الأب حيث يتقدمن على الأجداد لأنهن نساء يتقدمن على العصبية وتقدم الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب.

(١) البدائع ٤/٤١، ٤٣، التاج والإكليل ٤/٢١٥، ٢١٦.

(٢) الحلوى ١١/٥١٩، المغنى ٧/٦٢٣، ٦٢٤.

(٣) البدائع ٤/٤١.

وكذلك المالكية^(١) يقدمون الأخوات على الأجداد، لكنهم يقدمون الخالات وجميع قرابات الأم عليهن.

٧- الخالات (٢) :

ينتقل الحق في الحضانة بعد الأخوة إلى الخالات عند الشافعية والحنابلة^(٣)

وتقدم الشقيقة ثم التي للأب ثم التي للأم، وكذلك عند الحنفية^(٤) لكنهم يقدمون التي للأم على التي للأب.

أما المالكية^(٥) فالخالات يأتين بعد الجدة للأم في المرتبة ويقدمن على أم الأب، وعلى الأب والجد والأخوات وغيرهن

٨- العمات ثم الأعمام:

ينتقل الحق في الحضانة بعد الخالات إلى العمات عند الشافعية والحنابلة^(٦) فإذا عمن انتقل الحق إلى الأعمام - ويقدم بها الشقيق ثم الذي للأب.

(١) الفواكه الدواني ١٠٢/٢.

(٢) سبق أن بينا أن لا حضنة للأخوال لأنهم من ذوى الأرحام فلا يحضنون إلا عند عدم وجود من يستحق الحضنة من الرجال والنساء وحينئذ يقدمن على من كان أجنبيًا من المحضون.

(٣) الحلوى ٥٢٠/١١، المغني ٦٢٤/٧.

(٤) البحر الرائق ١٨٢/٤، البدائع ٤٢/٤.

(٥) فتاوى والإكليل ٢١٥/٤.

(٦) الحلوى ٥٢٠/١١، المغني ٦٢٤/٧.

ويرى الحنفية والمالكية^(١) أن العمت يأتين بعد للخالات في المنزلة كما يقول الشافعية والحنابلة غير أنهم يؤخرون الأعمام عن غيرهم من النساء إذ هم من العصبية وهي متأخرة عن جميع النساء.

ملاحظة:

بعد أن رتبنا المستحقين للحضنة عند اجتماع الرجال والنساء على النحو السابق يتضح لنا اختلاف الفقهاء في هذا الترتيب اختلافا كبيرا حيث لا يكادون يجمعون إلا على تقديم الأم على جميع النساء والرجال وذلك لمكان النص الولد في ذلك.

كما نجد شبه إجماع على تقديم أمهات الأم بعدها على غيرها من المستحقين للحضنة رجالا ونساء لولا أن الشوكاني قد عارض في ذلك وقدم عليهن الخالات لمكان الحديث (إنما الخالة أم).

بعد ذلك لا نجدهم يتفقون على شيء من هذا الترتيب ولعل السبب في ذلك هو عدم وجود دليل يدل على شيء من ذلك بل مجرد آراء خلت عن الأدلة فكل "يقدم من وجهة نظره من هو مظنة للحنو على الصبي".

وبناء عليه فإنني أرى أن حق الحضنة عند التنازع يكون محصورا بين الأم وأبها وأمه، فتقدم الأم، وعند عدمها أو سقوط حقها تقدم أمها على الأب، ثم بعد ذلك ينتقل الحق إلى الأب عند وجوده. فإن عدم أو كان غير أهل لها تقدم أمهاته ولا ينتقل الحق عن هؤلاء إلى من بعدهم من الرجال والنساء إلا عند عدمهم أو سقوط حقهم فيها.

(١) للبدائع ٤/٤٢، الفواكه الدواني ٢/١٠٢.

المطلب الثاني

لا يسقط حق الفرع في الحضانة إسقاط الأصل لحقه

إذا أسقط مستحق الحضانة كالأم أو الأب حقه في الحضانة فهل يسقط بذلك حق فرعه فيها أم لا؟
للعلماء وجهان في ذلك:

الأول: يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه^(١).

فإن أسقطت الأم حقها سقط حق أمهاتها وينتقل الحق فيها للأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فإن أسقطت حقها سقط حق فروعها، وكذلك الأب إن أسقط حقه سقط حق أمهاته لأنهن فرع عليه.
الثاني: وهو الأصح لا يسقط حق الفرع لسقوط حق الأصل^(٢).

وعلى هذا فإذا أسقطت الأم حقها انتقل الحق بعدها إلى أمهاتها، لأن الحضانة حق الولد، وبإسقاط الأم لحقها بقي حق الولد فصارت كالميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى.

ولأنه لو سقط حق الأم بزواجها أو لكونها غير أهل للحضانة لا يسقط حقهن فكذا لو أسقطته بنفسها وكذا الحكم في الأب.

(١) ذهب إلى ذلك الحنابلة في وجه وبه قال بعض القرويين من المالكية، مواهب الجليل ٢١٩/٤، المغني ٦٢٤/٧، الكافي لابن قدامة ٣٨٤/٣.

(٢) ذهب إلى ذلك الحنفية وهو الأصح عند الحنابلة وهو قول الشافعية وقيل قول المالكية وهو المعتمد عندهم يراجع حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٢، المغني ٦٢٤/٧، الحاوي ٥٠٦/١١، مواهب الجليل ٢١٦/٤، حاشية الصوقي ٥٣٣/٢، الانصاع ١٩٦/٢، الكافي لابن قدامة ٣٨٤/٣.

ولأن حق القريب سقط لمعنى لخص به فاخص السقوط به
كما لو سقط لمانع.

الفصل الثالث

نفقة^(١) المحضون وأجر الحضانة

مما لا شك فيه أن المحضون سواء كان رضيعا أو فطيميا يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكنى وغيرها من وجوه النفقة فعلى من تجب، وهل يجب على الأم رضاعه وهل تستحق للحاضنة أجره لهذا الرضاع ثم أخيرا هل تستحق الأجر على حضانتها أم لا؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذه المباحث.

المبحث الأول

نفقة المحضون

إذا قلنا بثبوت النفقة للمحضون فعلى من تجب وما شروط وجوبها وما مقدارها، وما الحكم لو امتنع من وجبت عليه عن دفعها هذا ما سنبينه في المطالب التالية .

(١) النفقة اسم من الإنفاق وما ينفقه الإنسان على عياله، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة وجمعها نفقات، وهي في الشرع ما به قوام معياد حال الأئمة دون سرف، أو هي الطعام والكسوة والسكنى، للمعجم الوسيط ١٨٠/٢، لبحر الرائق ١٨٨/٤، ابن عابدين ٦٤٣/٢، ٦٤٤، الفروكه الدواني ١٠٤/٢.

المطلب الأول

نفقة المحضون على أبيه

مما لا خلاف عليه بين أهل العلم أن نفقة الولد للصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد^(١).

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم^(٢) ولو كانت حضانتهم إلى غيره كالأم أو الجدة حيث تكون لهن الحضانة ونفقتهم على الأب، ودليل هذا الحكم القرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَوَنَّنَا لَهُنَّ ﴾^(٣).

دلت الآية على وجوب أجره للرضاع للمطلقات إذا أرضعن أولادهن وأنها على الأب فلما لزمته أجره الرضاع كان لزوم النفقة أحق إذ هي بعد القطام بمنزلة مؤنة الرضاع.

(١) وهذا بالاتفاق إذا كان الولد صغيراً، فإن كان كبيراً فقبل نفقته على أبيه أيضاً وقبل على الأب والأم ثلاثاً بحسب ميراثهما من الولد، المبسوط ٥/٢٢٢، البحر الرائق ٤/٢٢٨، شرح المحلى على المنهاج ٤/٨٧، السيل الجرار ٢/٤٥٤، نيل الأوطار ٦/٣٢٢، العناية وفتح القدير مع الهداية ٤/٤١١/٤١١.

(٢) نقل هذا الإجماع ابن قدامة والكاظمي والشوكاني والقرطبي، يرجع البدائع ٤/٣٠، ٣٢، التاج والإكيل والمواهب ٤/٢١٠. ٢٢٠، الحاوي ١١/٤٧٧، المغني ٧/٥٨٢، ٥٨٣/٥٨٣، المحلى ١٠/١٠٠، نيل الأوطار ٦/٣٢٢، ٣٢٣، الاقتاع ٢/١٨٦، السيل الجرار ٢/٤٥٦، فتاوى ابن تيمية ٣٤/١٠٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/١٠٧٦، مختصر المزني ص ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق آية : ٦.

٢- قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾^(١). حيث دل على وجوب نفقة الأولاد وأنها على الآباء دون الأمهات لأن الله خص الأب بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك.

٣- قوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم﴾^(٢). دلت الآية على وجوب نفقة الابن على أبيه إذ لولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الاملاق من النفقة.

الأدلة من السنة:

يستدل على وجوب نفقة الابن على أبيه من السنة بأدلة نذكر منها:
١- روى عن أبي هريرة أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إن معي دينارا قال أنفقه على نفسك قال: إن معي آخر قال: أنفقه على ولدك، قال : إن معي آخر قال: أنت أعلم^(٣).
فقد دل الحديث على وجوب نفقة الولد وأنها على الأب عندما يكون عنده ما يزيد عن حاجة نفسه.

٢- روى عن عائشة أن هنداً أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطيني وولدي إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل على في ذلك من شيء؟ فقال رسول الله ﷺ

(١) بعض آية : ٢٣٣، من سورة البقرة .

(٢) بعض آية : ٣١ من سورة الإسراء.

(٣) السنن لأبي داود ١٣٦/٢، السنن الكبرى ٤٧٧/٧.

: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " ^(١) ففي هذا الحديث دليل على وجوب نفقة الولد على الأب، وأنه يجوز لمن وجبت له النفقة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الامتنال وأصر على التمرد .

الأدلة من المعقول:

استدل لوجوب نفقة الولد على الوالد بأدلة عقلية نذكر منها:

- ١- إن ولد الإنسان بعضه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه يجب أن ينفق على بعضه.
- ٢- إن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه.
- ٣- إن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجتماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى اللقطع فكان حراما.

(١) فتح الباري ٩/٤١٨، السنن للبيهقي ٧/٤٧٧، المنن لأبي داود ٣/٢٨٨.

المطلب الثاني

شروط وجوب النفقة

سبق أن ذكرنا أن نفقة الولد واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته غير أن ذلك مشروط بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن لا يكون للولد مال^(١).

فلكى تجب نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه نفقته يجب أن لا يكون غنيا ، فإن كان له مال^(٢) لم تجب نفقته على أحد وإنما تكون فسي ماله خاصة، كان الولد كبيرا أو صغيرا.

لأن هذه النفقة هي من قبيل للمؤساء وهي لا تجب إلا مع الفقر والموسر مستغن عن المؤساء، ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الإيجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب على الغير، ويكون إيجابها في ماله أولى من إيجابها في مال غيره.

(١) البدائع ٣٤/٤، ٣٥، مواهب الجليل والتاج ٢١١/٤، الحاوي ٤٨٧/١١، المغني ٥٨٤/٧، مختصر المغني ص ٢٣٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠١، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، ٤٥٧، تكملة المجموع للمطيعي ١٩٦/٢٠، ١٩٧.

(٢) فإن كان المال حاضرا في يد الأب اتفق منه على الابن وينبغي أن يشهد على ذلك حتى لا يحد الابن بعد ذلك أما إن كان غنيا فإنه ينفق من مال نفسه فإذا أراد الرجوع فإنه يشهد على ذلك أو يستأذن القاضي، وألا لم يرجع بما اتفق في الحكم أما في الديانة فله الرجوع، وقيل : إن قصد الرجوع رجح ولو لم يحكم به حاكم. البدائع ٣٤/٤، الحاوي ٤٨٤/١١، المواهب ٢١٢/٤، لبحر الرائق ٢١٨/٤.

لشروط الثاني: العجز عن الكسب^(١):

لكي تجب النفقة للابن يشترط عدم قدرته على الكسب، فإن عجز عن الكسب لكونه صغيراً أو مجنوناً أو أعمى أو أشل أو مقطوع اليدين أو الرجلين ونحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب ولا مال له، وجبت نفقته على أبيه أو من تلزمه النفقة، أما إن قدر على الكسب لم تجب لأنه بذلك يكون مستغنى بكسبه والغناء بالكسب كالغناء بالمال فلم تجب على غيره.

الشروط الثالث: القدرة على الإنفاق^(٢) :

والقدرة على ذلك تكون بأمرين :-

الأول: أن يكون للمنفق مال يزيد عن حاجته وحاجة زوجته^(٣).

الثاني: القدرة على الكسب، فإذا كان له مال أو لم يكن وقدر على الكسب وجب عليه أن ينفق على أولاده، ومن يعول، إذ القدرة على الكسب تجرى عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر.

وإن كان للأب مال لكنه لا يكفيه أو لا يزيد عن حاجته فلا يجب عليه نفقة الأولاد عملاً بحديث أبي هريرة أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله عندي دينار فقال له: تصدق به على نفسك قال:

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة .

(٣) بعض الفقهاء يقدمون نفقة الزوجة على نفقة الأبناء إذا لم يسعها جميعاً وبعضهم يسوى بينهما مواهب الجليل ٢١١/٤، المحلى ١٠/١٠٠، المغنى ٥٩٣/٧، عميرة على شروح المحلى ٨٤/٤.

عندي آخر، قال : تصدق به على ولدك، قال : عندي آخر قال :
تصدق به على زوجك^(١).

فقد بين الحديث أن الإنسان يقدم نفسه بالنفقة على غيره فإن فضل
عنده شيء بعد نفقة نفسه ينفقه على غيره من الأولاد والزوجة والقرابات
الأخرى.

ثم إن هذه النفقة موساة فلا تجب على محتاج كالزكاة.

الإسلام:

ليس من شروط وجوب النفقة للولد على أبيه اتحاده الدين^(٢) أو
إسلامهما ، فتجب النفقة للابن الذي أعطى حكم الإسلام بإسلام أمه على
أبيه غير المسلم وذلك لعموم الأدلة الموجبة للنفقة حيث لم تفرق، ولوجود
الموجب وهو البعضية، إذ الولد بعض أبيه وجزءه وهذا لا يختلف
باختلاف الدين فلا يختلف الحكم للمتعلق به.

وعن أحمد في رواية^(٣) لا تجب مع اختلاف الدين لأنها موساة
على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه
وإرثه منه.

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) القيدق ٣٦/٤، المواهب ٢١١/٤، الاقتاع ١٨٦/٢، المحلى على المنهاج مع قليوبي ٨٤/٤،

السيل الجرار ٥٧/٢، حاشية ابن عابدين ٦٨٣/٢، المبدع في شرح المقنع ٢٢٠/٨.

(٣) للمبدع في شرح المقنع ٢٢٠/٨.

المطلب الثالث

مقدار النفقة

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه النفقة فهل هي مقدرة بشئ معين أو بقدر الكفاية من غير أن يكون هناك حد؟ وللإجابة على ذلك نقول:

لم يوجد بين الفقهاء خلاف في أن نفقة الابن الواجبة على أبيه غير مقدرة بل المعتبر فيها هو ما يكفي من الخبز والادم^(١) بقدر العادة، وكذلك الكسوة والسكنى اللاتقيين به وكذلك أجر للطبيب وثمان الأذوية^(٢).

فلما كانت الحاجة تختلف باختلاف السن والرغبة ونحو ذلك لم نوجب قدرا لازما لا يتعداه واعتبرنا حال الكفاية، غير أنه إن كان الأب موسرا فإنه يؤمر بالتوسيع عليه في النفقة وإن كان مضيقا عليه فبحسب قدرته واستطاعته قال تعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾^(٣) والفرق بين أهل السعة والضيق وبين أهل الفقر والشدة لا يخفى على أحد في كل عصر ومصر.

(١) ويمكن دفع قيمة ذلك من النفق بل هو الأولى - يراجع تكملة المجموع ١٤٨/٢٠، البحر الرائق ١٩٠/٤، ١٩١، حاشية المدنى على كنون ٢٧٣/٤.

(٢) للمبسط ١٨٥/٥، الاتفاق ١٨٦/٢، ١٨٧، المغنى ٥٩٥/٧، المسيل الجرار ٤٤٨/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٥/٤ تكملة المجموع للطبعي ٢٠٧/٢٠.

(٣) بعض آية ٧ من سورة الطلاق.

وإنما اعتبرنا حال الكفاية في نفقة الابن عملاً بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لهند : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (١) حيث قدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية من غير أن يحد في ذلك قدراً لا تتعدها. ثم إن هذه النفقة وجبت للحاجة ولدفع المواساة فقدرت بما يندفع به، وهو مقدار الكفاية.

المطلب الرابع

دفعها للحاضنة

إذا كانت نفقة المحضون واجبة على أبيه فهل يدفعها إلى من يحضنه أم يكفي أن يطعمه عنده؟ يرى بعض المالكية (٢) أن الأب إن شكى ضياع نفقة ابنه فلراد أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة لأمه أو من يقوم مقامها أن له ذلك حيث جعلوا الحضانة أن يأوى إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته، وفرق بعضهم بين المؤسر وغيره حيث ألزموا المؤسر بدفع نفقة ولده إلى الحاضنة أما غيره فإن أدعى أنه لا يقدر على دفعها وطلب أن يطعم ولده عنده وتبين صدق قوله فإن له ذلك، وإن تبين أنه غير صادق وأنه يريد الإضرار بالحاضنة لم يمكن من ذلك وتُدفع النفقة للحاضنة، والأصح وهو الذي عليه الجمهور وهو المشهور عند

(١) سبق تخريجه.

(٢) مواهب الجليل والنتاج والإكليل ٢١٩/٤، ٢٢٠.

المالكية^(١) أن لمن كان الولد في حضانته من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطاء وأن على الأب أن يدفعها إليها^(٢) لأنها أرفق بالأولاد، وإن قال الأب إنها لا تتفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمانة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع بغير حجة ولا يحق له أن يطعم الولد عنده ولا يجاب إلى ذلك إن طلب ولو سلم الحاضن له بذلك، لأن في هذا الفعل ضرر على الولد، وعلى الحاضنة أيضاً، إذ الأطفال لا ينحصر الوقت الذي يأكلون فيه وأكلهم متفرق، ثم إنه يؤدي إلى الإخلال بصيانتهم فمنع منه لذلك.

(١) المبسوط ١٨٥/٥، المدونة ٣٦٢/٢، ٣٦٥، المواهب والتناج ٢١٩/٤، ٢٢٠، المغنى ٦١٢/٧، البحر الرائق ٢١٦/٤، ٢٢٠.

(٢) ويقتدر قبض النفقة بالاجتهاد من الحكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شهر، ومن أعيان أو أثمان وبالنظر لحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه، يراجع الشرح الكبير مع النسوي ٥٣٣/٢.

المطلب الخامس

ضمان النفقة

إذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت ضياعها، فإنها تضمنها^(١) إلا لبينة على الضياع من غير سببها فلا تضمن، لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هي متمحضة للأمانة بل أخذتها لحق المحضون فتضمنها كالرمان والحواري.

المطلب السادس

حبس الأب في نفقة الصغير

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه لتوفر شروطها فامتنع من دفعها إلى الحاضنة أو امتنع من الإنفاق عليه كان للقاضي أن يحبسه فيها^(٢) لأن في النفقة دفع الهلاك عن الولد^(٣)، ولأنها تسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء.

والأصح أنه ليس في ذلك مدة مقدرة لأن الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضي، وقيل يعاقب

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي ٥١٣/٢، ٥١٤، القواكه اللواتى ١٠٤/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٧/٢، المبسوط ٢٢٤/٥، ٥٢٢، منحة الخلق مع البحر الرائق ٢٣٥/٤، الحلوى الكبير ٤٩٩/١١.

(٣) إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فنفع قصده بالحبس، البدائع ٣٨/٤.

بالضرب^(١) ولا يحبس لأن هذا الحق لا يستترك بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمن فيمستترك بالضرب وكل من وجبت عليه النفقة فامتنع عوقب بذلك.

المطلب السابع

من تجب عليه النفقة عند موت الأب أو إيساره

سبق أن ذكرنا أن نفقة الابن واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد متى توفرت الشروط السابقة أما عند عدم وجود الأب أو كونه معسرا وغير قادر على الكسب فقد اختلف فيمن تجب عليه نفقة الصبي على عدة آراء:-
١- ذهب الحنفية^(٢):

إلى التفريق بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب. فعند إيساره بالنفقة يؤمر الأم إن كانت مؤسسة بأن تتفق من مالها على الولد ويكون ذلك ديناً على الأب إذا أيسر، فإن لم تكن أم ووجد جد أو عم فإنه يؤمر بالنفقة على أن يرجع بها على الأب عند يساره لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك ديناً عليه إذا أيسر، وإن اجتمع أم وجد موسرين قُدمت الأم لأنها أقرب إلى الصغير، هذا إذا لم يكن الولد قادراً على الكسب ولم يكن له مال وإلا كانت النفقة في ماله أو يؤمر بالكسب والإنفاق على نفسه.

(١) البدائع ٣٨/٤.

(٢) المبسوط ٢٢٢/٥، ٢٢٧، البدائع ٣٢/٤، ٣٣، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

أما في حالة موت الأب، فإن لم يوجد إلا واحد ممن تجب عليهم النفقة^(١) كانت كل النفقة عليه متى استجمع شرائط الوجوب، وفي حالة اجتماع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة يقدم الأقرب في قرابة الولادة، ولو كان كل منهم وارثا، فإن لم يمكن الترتيب قسمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أما في قرابة للرحم فيقدم بقوة القرابة فإن استووا قدم بقوة الميراث، فإن كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وإن كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر الميراث^(٢).

وعلى هذا فعند موت الأب ولم يوجد إلا واحد فقط ممن تجب عليه النفقة تحملها كاملة كان جدا أو أما أو أخا أو عما .. الخ. أما إن تعدد فإن اجتمع جد وأم كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، الأم الثلث والجد الثلثان لعدم إمكان الترتيب، وإن كان له أم وأخ شقيق أو لأب كانت النفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما. وإن كان له جد وجدة كانت النفقة على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرابة والميراث.

وإن كان له عم وعمّة كانت النفقة على العم فقط لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع وترجح العم بكونه وارثا.

(١) تجب النفقة عند الحنفية على كل ذي رحم محرم لأن سبب وجوبها هو القرابة المحرمة للقطع، البدائع ٣١/٤.

(٢) وهذا التفريق بين الميراث والميت إنما هو على ظاهر المتن والمصحح أن الميراث يجمع كل الميت، فعند اجتماع الأم والجد تكون النفقة عليهما اثلاثا، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

وإن كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فكانت النفقة عليه.

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ حيث علق سبحانه وتعالى وجوب النفقة في قرابة الولادة باسم الولادة أما في غيرها من الرحم المحرم فلا تجب بحق الولادة وإنما تجب بحق الوراثة، بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ففي قرابة الولادة تجب بالقرابة دون نظر إلى الميراث أما في قرابة الرحم المحرم فيجب بقدر الميراث، وإنما قلنا أن المراد بالوارث هو ذى الرحم المحرم لا كل وارث عملاً بقراءة ابن مسعود - وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

القول الثاني:

وذهب إليه الحنابلة في ظاهر المذهب^(١) وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وابن أبي ليلى وأبو ثور^(٢) أن النفقة تكون على الوارث لا فوق في ذلك بين قرابة الولاد وغيرها.

(١) وعن أحمد رواية أخرى - أن الصبي الموضع نفقته على الرجال دون النساء - المعصبات

- وهو قول الأوزاعي لما روى أن عمر حبس عصبية ينفقون على صبي الرجال دون

النساء، المعنى ٥٨٩/٧.

(٢) المعنى ٥٨٩/٧، وما يليها.

وعلى هذا فإن لم يكن للصبي أب كانت النفقة على وارثه
فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملة، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أو أكثر فالنفقة
بينهم على قدر ميراثهم الرجال والنساء في ذلك سواء، فإن اجتمع أم وجد
فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، على قدر ميراثهما، وإن اجتمع أم
وأخ شقيق فعلى قدر ميراثهما أيضاً وكذا لو اجتمع جدتان فعلى قدر
ميراثهما وهكذا.

واستدل الحنابلة لذلك:

بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾
إلى قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ حيث أوجب الله على
الوالد نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجب على
الأب.

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا - آراء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم يتبين لنا أن
كلاهما قريب من الآخر لا يختلفان إلا في أمرين : الأول: طريق الحنفية
بين موت الأب وإعساره.

الثاني: أن الحنابلة لا يوجبون النفقة إلا على الوارث أما ذوى الأرحام
فلا تجب عليهم نفقة بخلاف الحنفية حيث يقولون بوجوبها على كل ذى
رحم محرم وإن قدم بها الأقرب عن الأبعد.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية^(١):

أن الأب إذا عدم أو أعسر بالنفقة، فلا تجب على أحد بعده من الأقارب ولو موسرين بل يعد الأولاد من فقراء المسلمين، وعلى هذا لا تجبر الأم ولا الجد ولا غيرهما من الأقارب على النفقة على الأبناء وإن استحب لهم ذلك فإن انفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعاً وأمرأ مستحباً وليس واجباً.

القول الرابع: وذهب إليه الشافعية^(٢):

إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد أبي الأب ثم أباه وإن علون، يقدم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحد كانت واجبة على الأم.

ودليلهم على ذلك:

أ- أن الجد يسمى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ ^(٣) حيث سمنا أبناء وسمى آدم أباً وكما في قوله تعالى: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾ ^(٤) حيث سماه أباً وإن كان جداً بعيداً.

ب- إن الجد يقوم مقام الأب في الولاية، ويختص دون الأم بالتعصيب فوجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة.

(١) المدونة الكبرى ٣٦٢/٢، الشرح الكبير مع حاشية المنوفى ٥٢٣/٢، التاج والإكليل ٢١٤/٤.

(٢) الحلو ٤٧٩/١١، وما يليها.

(٣) بعض آية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٤) بعض آية ٧٨ من سورة الحج.

أما دليل لنتقالها إلى الأم عند عدم الجد وآبائه فقوله تعالى:
﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾^(١) حيث أوجب عليها ما
عجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجز عنه من
النفقة لعسرته أو لموته.

وإذا وجد الجد فلم يعجز الأب لقيام الجد مقامه، فلا يجب عليها
النفقة إلا عند عدم الأب وأبائه أو إعساره.

الاختبار:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن الاستدلال به لكل رأى فإنني ألاحظ
أن من قال بوجوب النفقة على للوارث من الرجال والنساء ومن قال
بوجوبها على العصبية فقط ومن قال بوجوبها على كل ذى رحم محرم
اعتمدوا على عموم قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ وعلى قراءة
ابن مسعود (وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) وهو لا
يصلح متمسكا لهم.

أ- أما قراءة ابن مسعود فهي قراءة شاذة فلا يجوز العمل بها وإلا
أدى ذلك إلى الطعن في القرآن.

ب- أما عموم الآية - وعلى الوارث مثل ذلك - فإن أهل التأويل
قد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً فحمله ابن عباس على ترك المضارة أى
على الوارث أن لا يضار وعلى هذا فلا غرم على أحد من الورثة ولا
يلزمه نفقة ولد الموروث.

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وحمله غيره على من يرث الأب فعليه مثل ما كان على الأب من أجر الرضاع.

واختلفوا في المراد بالوارث فقيل هو من يرث الأب رجلاً كان أو امرأة، وقيل هو من كان ذا رحم محرم للمولود وقيل هو المولود نفسه. والسبب في هذا الخلاف هو الخلاف في الإشارة في قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ - فمنهم من رده إلى جميع ما تقدم من إيجاب، النفقة وتحريم الإضرار ومنهم من قال لا يرجع إلا إلى الأخير وهو تحريم الإضرار وعلى هذا يكون لفظ الوارث في الآية مجملاً فلا يحل حمله على أحد هذه المعاني إلا بدليل فسقط الاستدلال به^(١). أما ما ذهب إليه الشافعية من إقامة الجد مقام الأب وإلزامه بالنفقة فغير مسلم لأن أموال الناس محظورة.

فلا يخرج شيء منها إلا بدليل وما قالوه لا يصلح لإلزام الجد بالنفقة مع وجود الدليل على حرمة الأموال إلا بحقها أما إيجابهم النفقة على الأم بعد الجد وإبائه - استدلالاً بالآية: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾.

فغير مسلم أيضاً لأن الله أوجب لها الأجر مقابل الرضاع ثم بين أن عند التعاسر ترضع له أخرى ولو كان واجباً عليها، ما كان لها أن تمتنع وإذا لم يلزمها الرضاع لم يلزمها النفقة، ثم إنه لا تلازم بينهما.

(١) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/٨٠ وما بعدما فتح الباري لابن حجر، ٩/٤٢٤،

الميل الجرد ٢/٤٥٧.

ويدل لذلك حديث أم سلمة^(١) حيث دل على أن نفقة بنيتها غير واجبة عليها إذ لو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولما قالت ولست بتاركتهم، فإنفاقها عليهم كان على سبيل الفضل والتطوع لا على سبيل الإلزام. وبناء على ذلك فإني أرى أن القول بعدم لزوم النفقة لغير الأب هو الأولى بالاتباع، وعلى ذلك فإن مات الأب ولا مال للصغير، فإنه يستحب لأقربائه أن ينفقوا عليه يقدم بذلك الأخص به فالأخص والأم أخص به من غيرها فتقدم، فإن لم تفعل أو كانت معسرة فالجد ثم الأخ وهكذا الأقرب فالأقرب فإذا لم يقدّم به أحد كان على الإمام القيام به من بيت المال.

وإنما استحب لأقربائه القيام به لأن هذه النفقات مما يصدق عليها أنها صلة للأرحام فإذا لم يوجد دليل ينتهض على وجوبها فهي من أفضل القرب وأعظم للطاعات المقربة إلى الله ﷻ.

(١) وهو ما روى أنها قالت : يا رسول الله هل لي أجر في بني أبي سلمة أن نفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا وهكذا إنما هم بني قال نعم لك أجر ما أنفقت عليهم ، فتح الباري ٤/٢٤٤، السنن لابن ماجه ١/٥٨٧.

المبحث الثاني

رضاع المحضون

إذا كان المحضون رضيعاً فهل تجبر الأم على الإرضاع أم لا ؟
وهل تستحق الأجر على الإرضاع أم لا ؟ وعلى من تجب أجرة
الرضاع ؟ هذا ما سنتناوله بالبحث في هذه المطالب :

المطلب الأول

لا تجبر الأم على الإرضاع إلا في مسائل

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد رضيع فحضنته أمه أو غيرها
وهو في حاجة إلى الرضاع فلا تجبر الأم ^(١) أو غيرها على الإرضاع
إلا في ثلاث مسائل :

١- إذا تعينت للارضاع ^(٢).

ولا تتعين للرضاع إلا في حالتين :

الحالة الأولى : أن لا يوجد غيرها :

(١) هذا عند الجمهور أما ابن حزم فيرى أنها تجبر على رضاعه حولين إلا إذا تعلمت المطلقة

مع أبي الصغير فلم يتفقا على الأجر، يراجع المحلى ١٠/١٠٧.

(٢) يراجع البدائع ٤/٤٠، البحر الرائق ٤/٢١٩، التاج والإكليل مع المواهب ٤/٢١٣، ٢١٤،

الشرح الكبير مع حاشية النسوقى ٢/٢٢٥، ٢٢٦، تكملة المجموع ٢٠/٢١٢، المغنى

٧/٦٢٥، المسيل الجرار ٢/٤٤٠، فتح القدير ٤/٤١٢، التفسير الكبير للرازي ٣/٤١٣، ٤٢٢،

مختصر المزننى ص ٢٣٤.

فإذا لم يوجد من يرضع الطفل غيرها فإنها تجبر على الإرضاع
إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد فكان ذلك موضع ضرورة وحفظاً لنفس
الطفل، وما كان كذلك فإنها تجبر عليه.
الحالة الثالثة : أن لا يقبل الطفل غيرها:

فإذا وجد من يرضع الطفل غيرها لكنه لم يقبل ثدى غيرها فإنها
تجبر ^(١) على إرضاعه إما أو غيرها ^(٢) وسواء أمكن تغذيته بالدهن وغيره
من المائعات أولاً، لأن في ذلك تعريض الطفل للموت إذ قصر الرضيع
الذى لم يأنس الطعام على الدهن وغيره يكون سبباً في تمرضه وموته.
٢- إذا كان للطفل وأبوه معتمدين:

فإذا لم يكن للولد والوالد مال يستأجر منه من يرضعه فإن الأم
تجبر على إرضاعه ^(٣) وسواء في ذلك أن يوجد غيرها أو لا يوجد أن يقبل
الصبي ثدى غيرها أو لا يقبل.

(١) ويرى بعض الحنفية أنها لا تجبر بل يغذى الطفل بالدهن وغيره من المائعات فلا يضيع. رد
المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢١٩/٤.

(٢) إذا لم يوجد للرضيع أما ووجد غيرها كالظئر ولم يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر على
رضاعة ابتداء وقبل على استئجاره رضاعه، رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢٢٠/٤.

(٣) بلبنها إن كان لها لبن أو تستأجر من يرضعه من مالها إن كان لها مال، ولا ترضع بالأجرة
على الأب أو الصبي، إذا لم ير عند المالكية سواء كانت لرضعته أو لسترضعت له من مالها
لأنها أسقطت عنهما بعدهما، وعند الحنفية تجمل الأجرة ديناً ترجع بها الأم على من أيسر
منهما، منحة الخلق مع البحر الرائق ٢١٩/٤، ٢٢٠، رد المحتار ٦٧٥/٢، الصوقي والشرح
الكبير ٢٢٥/٢، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

٣- يجب على الأم إرضاعه ألباً^(١).

ينفرد الشافعية^(٢) عن بقية الفقهاء في القول بأن على الأم إرضاع ولدها ألباً - أول اللبن - سواء كانت متعينة للإرضاع أم لا ، كان للولد والوالد مال أو لم يكن لهما مال، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به.

أما فيما عدا هذه المسائل فإن الأم لا تجبر على الإرضاع خاصة إذا لم تكن في عصمة الزوج^(٣) عند الجمهور من أهل العلم^(٤) حتى قال ابن قدامة^(٥) لا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً، لكن ذكر الماوردي للخلاف في ذلك عن أبي ثور وابن حزم^(٦).

حيث يريان وجوب الإرضاع على الأم مطلقاً كانت في العصمة أو لا .

(١) ألباً بهمز وقصر - غير ممنود - وهو اللبن النازل أول الولادة ومنته بسيرة وغير مقدرة بزمان فيرجع فيها لأهل الخبرة وقدرها البعض بثلاثة أيام - الإقناع ١٨٧/٢، قليوبي على شرح المحلى ٨٦/٤.

(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(٣) أما التي في عصمة الزوج - ولو مطلقة طلاقاً رجعيّاً لا تزال في العدة - فعند الجمهور لا تجبر ، وعند أبي ثور وابن أبي ليلى وابن حزم تجبر ، وعند المالكية إن كانت شريفة لا تجبر وإن كانت دنية تجبر ، رد المحتار ٦٧٥/٢، المنصوفي والشرح الكبير ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ ، الحاوى ٤٩٥/١١ ، ٤٩٦ ، المنذرى ٦٢٧/٧ ، المحلى ١٠٧/١٠ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) للمنذرى ٦٢٧/٧.

(٦) الحاوى ٤٩٥/١١ ، تكملة المجموع ٢٠/٢١٠ ، المحلى ١٠٧/١٠.

ويستدل بذلك بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حوليين كاملين ﴾ ^(١).

فذلك أمر والأمر يقتضى الوجوب، وما وجب صح فيه الإيجاب ولو لم تتعين.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأرجح لقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسوكم فسترضع له أخرى ﴾ ^(٢) ومعناه إن أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى، ومعنى تعاسرتم تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر فى معنى الأمر.

ولقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾ ^(٣) فهذا من ألفاظ التخيير، ومع التخيير يسقط القول بالإيجاب.

أما ما استدل به أبو ثور وابن حزم فهو محمول على الإخبار حيث أنه يخرج مخرج الخبر لا الأمر.

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) بعض آية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بعض الآية ٦٠ من سورة الطلاق.

المطلب الثاني

طلب الأجر على الإرضاع^(١).

إذا أرضعت للحاضنة الولد - فهل لها طلب الأجر على ذلك ؟
علمنا مما تقدم أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها خاصة التي ليست في
عصمة الزوج^(٢)، فإن أرادت إرضاعه فلا يخلوا ذلك من ثلاثة أحوال:

الأول :

أن تطلب إرضاعه متطوعة بغير أجر فتكون أحق بإرضاعه^(٣)
من غيرها، وسواء وجد الأب من يرضعه بغير أجر أو لا ، فلا يحق له
انتزاعه منها.

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين
كاملين ﴾ .

(١) ينبغي أن يعلم أن أجره الرضاع غير نفقة الولد ، فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفي عن
نفقة الولد، لأن الولد لا يكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى شيء آخر كما هو المشاهد خصوصاً
الكسوة فيقرر له للقاضي نفقة غير أجره الإرضاع وغير أجره الحضنة. فعلى هذا تجب على
الأب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضنة ونفقة الولد ، البحر الرائق ٢٢٢/٤.

(٢) الأم التي في عصمة الزوج لا تستحق الأجرة على الرضاع، لأنها تستحق النفقة على الزوج
وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين - البدائع ٤١/٤، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٣) البدائع ٤٠/٤، الموسقى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٢، الحلو ٤٩٦/١١، المغنى ٦٢٩/٧،
تكملة المجموع ٢١١/٢٠، السيل الجرار ٤٤١/٢، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١، مختصر
المزني ص ٢٣٤.

ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا توله والدته عن ولدها " (١) دل الحديث على حرمة ذلك للنهي عنه وفي نزاع الولد منها توليه لها فكان حراماً.

ولأن الأم أحسن عليه وأشفق ، ولبنها أدر عليه وأوفر ، ولأنه يستمرئه أكثر من استمراء غيرها ، ولأن في انتزاع الولد منها أضراراً بها وأنه منهي عنه بقوله تعالى : ﴿ لا تضار والدته بولدها ﴾ أي لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد إمساكه وإرضاعه.

الثاني :

أن تطلب رضاعه بأكثر من أجره للمثل.

إذا طلبت الأم لرضاعه بأكثر من أجر المثل ووجد الأب من ترضعه بأجر مثله أو متبرعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : وذهب إليه الحنفية (٢).

أن للأب أن يسترضع لولده غيرها ولا يلزمه دفع الأجرة الزائدة، لكنه لا ينزع من الأم (٣)، لأن حق الحضانة لها فلا يملك الأب إبطاله،

(١) الحديث في سنن البيهقي ٥/٨، نصب الرأية ٣/٢٦٦، التلخيص الحبير ٣/١٥.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٨، البحر الرائق ٤/٢٢١.

(٣) والظاهر أن كل من تثبت لها الحضانة لها حكم الأم فلا ينزع الطفل منها وإنما يأتي بالمرضعة لترضعه عندها، رد المحتار ٢/٦٧٥.

وعلى هذا فإن الأب يأتي بمرضعة لأبنه بأقل مما طلبت الأم ترضعه عند الأم^(١).

وبلبل ذلك:

أن لكل من الأب والأم حق وقد تعارض الحقان ولا يمكن الجمع بينهما إلا بذلك.

أما الأب فحقه أن لا يجبر على دفع الزيادة التي تطلبها الأم، وأما الأم فحقها في الحضانة وأن لا تخرج الولد عنها والله يقول : ﴿ لا تضلر والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾ وقد أمكن الجمع بين الحقيـن بعدم نزاع الولد من أمه وعدم إلزام الأب بتلك الزيادة بما قلنا فوجب المصير إليه.

القول الثاني :

وذهب إليه الشافعية والحنابلة والزيدية^(٢).

أنها إذا طلبت أكثر من أجر المثل تسقط حضانتها^(٣) فيكون الأب أحق بالولد ليسترضع له غيرها بأجر المثل أو أقل.

(١) لا يلزم المرضعة أن تمكث عند الأم بل لها أن ترضعه ثم تعود إلى دارها، كما لها أن تطلب لإخراجه إلى فناء الدار لترضعه فيه، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٢) للحوى ٤٩٦/١١، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٠، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٣) يرى المالكية والشافعية أن الأم إن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كان لها ابن أو لا، والظاهر وبه قال الحنابلة أنها لا تسقط حضانتها إلا إذا كان لها ابن وامتنعت عن الإرضاع، لما إذا لم يكن لها ابن فلا تسقط حضانتها، وعند الحنفية لا يسقط حقها في الحضانة مطلقاً، راجع: رد المحتار ٦٦٧/٢، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى: ٢٢٩/٧، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

أما أحقية الأب به فلقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ ومعنى تعاسرتم اختلقتم، والأم بطلبها أكثر من أجره المثل قد تعاسرت فجاز للأب أن يعدل به عنها إلى غيرها وأما سقوط حقها في الحضانة فلأنها قد اشتطت بطلب ما ليس لها فدخلت في عموم قوله تعالى : ﴿ فسترضع له أخرى ﴾ ولأن ما لا يوجد بثمن المثل فهو كالمعدوم.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية (١).

أن الأم أحق برضاعه وترد إلى أجر مثلها. فإن طلبت أن ترضعه بأكثر من أجر المثل — بمائة مثلاً — ووجد الأب من يرضعه بخمسين — أقل من أجر المثل — فإن الأم تكون أحق برضاعه بأجر مثلها لا بالخمسين التي طلبتها الأم .

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه ، لما فيه من التوفيق بين جميع الحقوق، حق الأب في أن لا يلزمه أكثر من أجل المثل، وحق الأم في أن لا يفارقها ولدها، وحق الولد في أن يرضع من لبن أمه.

فإن أبت أن ترضعه إلا بأكثر من ذلك فإن للأب أن يسترضع له لكن لا يسقط حق الأم في الحضانة بل يسترضع له من ترضعه عند أمه كما هو قول الحنفية.

(١) مواهب الجليل ٢١٤/٤.

الثالث: أن تطلب رضاعه بأجر المثل:

إذا طلبت الأم — وكانت حاضنة للولد — أن ترضعه بأجر المثل فلا يخلو ذلك من أحوال ثلاثة :

أ- أن يجد الأب من يرضعه بأجر المثل أو أكثر:

وفي هذه الحالة تكون الأم أحق برضاعه من غيرها اتفاقاً^(١).

لأن حق الإرضاع لها بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ فإن أَرْضَعْنَكُمْ فَتُؤْمِنُوا لَهُنَّ أَجُورُهُنَّ ﴾.

فإذا لم يجد الأب من ترضعه بأقل مما ترضعه به الأم لم يكن له أن يحوله عنها، لأنه يكون بذلك مضاراً لها ومفوتاً لحقها حيث رضى بنفع مقدار إلى الأخرى ولا يرضى بنفع مثل ذلك إلى الأم.

ثم أن الأم استوت مع الأجنبية فيما طلبته من أجر، وامتازت الأم عنها بفضل الحنو والشفقة ولبنها أمراً للولد من لبن غيرها فكانت أحق.

ب - أن يجد الأب من يرضع الطفل مجاناً:

إذا طلبت الأم أجر المثل وقال الأب^(٢) إنه وجد من ترضعه بغير

أجر فقد اختلف للفقهاء فيمن يكون أحق بالولد؟ الأم أم الأب؟

وخلافهم يتمثل في الآتي:

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، التاج والإكليل ٢١٤/٤، الحلو ٤٩٧/١١، المغني ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي

لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

(٢) ويصدق الأب بيمينه في وجود المتبرعة أو التي ترضع بأقل من أجر المثل — حاشية قليوبي

على شرح المحلى ٨٦/٤، تكملة المجموع ٢١٣/٢٠ مختصر المزي ص ٢٣٤.

١- ذهب الحنفية والشافعية في الأظهر^(١):

إلى أن الأب يكون أحق برضاعه لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَعَلَسَ رِثَمٌ فَمُسَرِّضٌ لَهُ أُخْرَى ﴾ ولأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، ولأن في إلزامه بما تطلبه الأم أضرار به والله يقول : ﴿ لَا تَضَارِ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودُ لَه بَوْلُهُ ﴾ إلا أن عند الحنفية لا ينزع للطفل من أمه فتأتى المرضعة - المتبرعة - فترضعه عند أمه .

أما عند الشافعية فينزع من الأم وتسقط حضانتها بذلك كما سبق.

٢- وذهب المالكية^(٢) والشافعية في مقابل الأظهر ، والحنابلة والزيدية^(٣).

أن الأم أحق برضاعه بأجر المثل، لأن الله جعل الحق في الإرضاع لها، كما جعل لها الأجر عليه بقوله : ﴿ فَمَنْ أَرْضَعْن لَكُمْ فَاتَوْهَنْ أَجُورَهُن ﴾ حيث أوجب لها الأجر على الإرضاع من غير فرق بين أن يجد الأب من ترضع الولد غيرها متبرعة أو بأقل من أجر المثل فلا يسقط حقها، ثم إنها أشفق على الولد وأحنى من غيرها، كما أن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ فصارت به أحق.

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٦/٤، الحاوى ٤٩٧/١١.

(٢) هذا إن قال غدى من ترضعه غدى مجافاً بالاتفاق وكذلك لو قال غدى من ترضعه عند أمه مجافاً، يراجع حاشية النسوقى على الشرح الكبير ٥٢٦/٢.

(٣) الحاوى ٤٩٧/١١، شرح المحلى ٨٦/٤، المعنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافي ٣٨٠/٣، المسيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٦٣/٣.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لما فيه من رعاية حق الأم وحق الولد، أما أن الأب يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، فلأن الله ألزمه بذلك بقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ .

ج- أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجر المثل:
فقد اختلف للفقهاء في من يكون أولى منهما بإرضاعه على النحو التالي :

١- ذهب المالكية والحنابلة والزيديّة^(١).

إلى القول بأن أمه أحق به بأجر المثل، لأن الله جعل الرضاع لها وجعل لها الأجر على ذلك بقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ وهي لم تطلب أكثر من أجر المثل فكانت غير مضارة، فلا يسقط حقها في الإرضاع، وإن وجد الأب من يرضعه بأقل فلم تكن مضارة في طلب أجر مثلها فكانت أحق برضاع الولد.

ولقوله تعالى : ﴿ وَاللَّوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَبْنَاءَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ولأن الأم أحنى عليه وأشفق فكانت أحق من غيرها.

٢- وذهب الحنفية^(٢):

إلى القول بأن الأب أحق بالولد يسترضع له من يجدها بأقل من أجر المثل.

(١) النسوي والشرح الكبير ٥٢٦/٢، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٠، المغني ٧/٦٢٧، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٨، البدائع ٤/٤١، المغني ٧/٦٢٨.

لأن الأب لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.
ولأن الله جعل له الحق في أن يسترضع غيرها عند التعاسر بقوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾.

والأم لم ترضى إلا بأجر المثل والأب لا يرضى بأن يدفع ما
تطلبه الأم من زيادة فكانا متعاسرين فيجوز له الإرضاع.

٣- أما الشافعية فيقولون ينظر إلى قدر نقصان الأجرة^(١).

فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق لأن
نقصان الأجر يعتبر في مقابلة نقصان اللبن وتترجح الأم بفضل
الحنو.

أما إن كان النقصان عن أجر للمثل أكثر من فضل الإدرار
والاستمراء فقولان:

الأول:

أن الأب أحق فيسترضع له أخرى.

الثاني:

أن الأم أحق لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾.

الاختيار:

والذي أميل إليه من هذه الأقوال هو أن الأم أحق به بأجر المثل
ولو وجد من ترضعه مجاناً أو بأقل لأن الله جعل الرضاع للأم بقول :
﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وأمر بإعطائهن الأجر على الرضاع

(١) الحلوى ٤٩٧/١١.

بقوله: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ ﴾ من غير فصل بين أن يكون هناك من يرضع مجاناً أو بأقل من أجل المثل، ولأنها في طلب أجر المثل ليست متعاصرة بل هي تطلب حقاً أعطاها الله إياه فكان إرضاع الأجنبية مع وجودها تقويماً لحقها في الرضاع وحقها في الحضنة، كما أن فيه إضراراً بالولد فلم يجز.

المطلب الثالث

على من يجب أجر الرضاع

مما لا خلاف عليه أن الرضيع إن كان له مال - من ميراث أو هبة ونحو ذلك فإن أجر رضاعه يكون في ماله^(١)، قياساً على نفقته أثناء الرضاع وبعدها، حيث تكون في ماله بالاتفاق فكذا أجر رضاعه وسواء كانت مرضعته هي الأم أو أجنبية.

أما إذا لم يكن له مال فإن أجر رضاعه على أبيه إن كان موسراً ولا يشاركه في ذلك أحد^(٢).

١- ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾.

وقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ ﴾.

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٧٦/٢، البحر الرائق ٢٢٢/٤ الشرح الكبير مع الدر المنثور

٥٢٥/٢، ٥٢٦، الفواكه الدواني ١٠١/٢، المواهب والتاج ٢١٣/٤، ٢١٤، الانقاع ١٨٧/٢،

تكملة المجموع ٢٠/٢٠، المنى ٥٨٢/٧، ٥٨٤، ٦٢٧، المحلى ١٠٦/١٠.

(٢) المصادر السابقة نفس الصفحات، المبسوط ٢٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص، ٥٥٠/١.

حيث يستفاد من الآيتين وجوب أجر الرضاع على الأب فالآية الأولى توجب عليه نفقة للمرضعة^(١) لأجل الولد، فوجب عليه أجر رضاعه من باب أولى.

أما الآية الثانية ففيها أمر للآباء بإيتاء أجر الرضاع بعد الطلاق فدل على أن نفقة الرضاع كلها على الأب.

٢- أما دليل ذلك من المعقول فهو :

أن بعد للفرقة بين الزوجين لا يكون الرضاع مستحقا على الأم لا دينا - بالكسر - ولا دينا - بالفتح - ثم إن النفقة بعد الفطام على الأب لا يشاركه فيها أحد باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه، فكنكك قبل الفطام تكون مؤنة الرضاع عليه.

تسليم الأجر إلى المرضعة:

إذا ثبت أن أجر رضاع الصبي في ماله إن كان له مال أو في مال الأب إن كان موسرا، فإن هذا الأجر يسلم إلى من ترضعه^(٢) سواء كانت حاضنة له أم لا لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ حيث أوجب الله ذلك بقوله فاتتوهن بصيغة الأمر وهي للوجوب، ثم إن ذلك أجرا ملكته عليه بالإرضاع فلزمه تسليمه إليها كسائر الأجور ولا

(١) هذا في حال قيام الزوجية - أو بقاء العدة، أما بعد البيونة فلا نفقة لها، فوجب لها عليه أجر الرضاع لأن إلزامها به مجفيا مع عجزها وقطع نفقتها عن الأب مضارة لها فساغ لها أخذ الأجرة بعد البيونة، حاشية ابن عابدين ٢/٦٧٥.

(٢) يقول ابن عابدين نقلا عن الخصاف، ٢/٦٧٦، فإن ألقضت عدتها وطلبت أجر الرضاع فهي أحق به وينظر القاضي بكم يجد امرأة غيرها فيأمر بنفق ذلك إليها لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ٤ ﴾.

تسقط بموته بل تجب لها في تركته وتشارك غرماءه فهي كغيرها من أصحاب ديونه^(١).

ومدة الرضاع التي تستحق عليها الأجرة حولان^(٢)، فإن أرضعته أكثر من حولين لم تستحق أجرة على الزائد وإنما تستحق الأجرة على إرضاعها له في حوليه إلا أن يتراضى الأبوان على الزيادة أو النقصان فيعمل على تراضيهما، فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعا لقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾.

من يجب عليه رضاعه عند موت الأب أو إصابته:

إذا أعسر الأب ولم يكن للصبي مال فإن الأم تجبر على إرضاعه^(٣) إلا أن المالكية يقولون لا ترجع بالأجر - سواء أرضعته بنفسها أو استأجرت من يرضعه - على الأب أو الصبي إذا أيسر^(٤). أما الحنفية فيقولون تكون الأجرة دينا على الأب^(٥) ترجع بها إن أيسر.

أما إذا مات الأب فقد اختلف الفقهاء في من يجب عليه أجر رضاعه كاختلافهم في من تجب عليه نفقته عند موت الأب وقد سبق بيان

(١) البحر الرائق ٢٢١/٤، حاشية رد المحتار ٦٧٦/٢، المغني ٦١٢/٧.

(٢) التفسير الكبير للرازي ٤١٤/٣، رد المحتار ٦٧٦/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية أما عند الشافعية فلا تجبر على الإرضاع ويسترضع لسه وأجر

رضاعه على من تازمه نفقته، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٤) النسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، مواهب الجليل وفتاى ٢١٤/٤.

(٥) منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٤.

ذلك ^(١) إلا أن للمالكية وجوبون عليها الإرضاع سواء مات الأب أو
أعسر ولم يكن للصبي مال ولا وجوبون عليها للنفقة.

(١) يراجع صـ وما يليها من هذا البحث كما يراجع التاج والمواهب ٢١٤/٤.

المبحث الثالث

أجرة الحضانة والمسكن^(١)

المطلب الأول

أجرة الحضانة

إذ طالبت^(٢) الحاضنة بالأجرة لحضانتها للولد فهل تستحق ذلك أم لا وعلى من تجب؟ يفرق في ذلك بين أن يكون للولد مال أم لا.

أ- إن كان للطفل مال من هبة أو ميراث أو غيرهما فعند الحنفية والشافعية^(٣) لها ذلك سواء كانت الحاضنة غنية أو فقيرة وتكون الأجرة من مال الصغير وسواء في ذلك أن يكون والد الطفل حيا أو ميتا ، غنيا أو معسرا.

لأنها حبست نفسها في تربيته فوجب لها ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة وإذا جازت الأجرة للأُم جازت لغيرها من باب أولى.

(١) وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع والتي سبق أن تحدثنا عنها البحر الرائق ١٨١/٤ ، ٢٢٢ ، رد المحتار ٦٣٧/٢ .

(٢) يرى للشافعية أنها لو حضنت مدة من غير أن تطالب بأجرة على حضانتها للصغير لم يكن لها أن تطالب بها عن تلك المدة، لكن لها أن تطالب بها عن ما يستقبل فقط ، يراجع تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢ .

(٣) منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨١/٤ ، تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢ ، ١٩٥ ، حاشية قليبوي ٨٨/٤ .

أما للمالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للأم^(١) الأجرة إن كانت فقيرة، أما إن كانت غنية فلا نفقة لها ولا أجرة في مال الصبي عند مالك في قوله المرجوع إليه^(٢) وكذلك عند الحنابلة على القول بأن الحضنة حق عليها^(٣) حيث لا تستحق الأجرة على ما هو مستحق عليها.

أما وجوب الأجرة لها إن كانت فقيرة فلأن نفقة الأم الفقيرة واجبة في مال ابنها المؤسر فكانت مستحقة لها من حيث فقرها لا من حيث كونها حاضنة له بدليل أنها تستحق النفقة إن كانت فقيرة وابنها مؤسر ولو لم تحضنه.

أما إن كانت غنية فلا نفقة لها في مال الابن ولا أجرة لها على الحضنة إذ هي حقها والإنسان لا يستحق الأجرة على شيء مستحق له. والذي أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من وجوب الأجرة في مال الصغير إن كانت الحاضنة فقيرة - سواء كانت أم أو غيرها - أما الأم فلأنها إن لم تستحق الأجرة فإنها تستحق النفقة في مال الصغير، وأما غير الأم فلأنها حبست نفسها على تربيته وليس لها ما تتفق على نفسها منه فكان لها الأجرة .

(١) يلاحظ أن كلام المالكية في الحضنة إذا كانت أم للمحضون أما غيرها فلا تستحق النفقة إذ لا تجب على الولد إلا لوالديه فقط، للقولك الدواني ١٠٤/٢.

(٢) وبه أخذ ابن القاسم وكان يقول لولا ينفق على الحضنة من مال الغلام، للدسوقي والشرح الكبير ٥٣٤/٢، التاج ٢٢١/٤.

(٣) أما على القول بأن الحضنة حق للحاضن فلها الأجرة الفروع وتصحيح الفروع ٦١٧/٥، للمبدع ٢٣٦/٨.

أما إن كانت غنية فأرى إن هي تأيمت لأجل المحضون وكانت هي القائمة بأمره أن يكون لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولد كونه في نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجله أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة إن خدمتهم بقدر حضانتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بذلك وإنما هي ناظرة فيما يصلح للولد لم يكن لها شيء لا نفقة ولا أجرة.

ب- إن كان الولد معدما:

إذا كان الولد معدما لا مال له فإما أن يكون أبوه^(١) مليا أو معسرا.

١- أن يكون غنيا:

إذا كان والد الطفل ذو مال.

فقد اختلف الفقهاء في وجوب الأجرة عليه على قولين:

القول الأول:

وبه قال الحنفية^(٢) والشافعية في المذهب^(٣) وهو قول عند الحنابلة^(٤).

(١) هذا إذا كان الأب حيا فإن كان ميتا لم تستحق الأم الأجرة لا في مال الصبي ولا على من تلزمه نفقته لوجوب التربية عليها حتى تجبر على الحضنة إذا امتعت.

(٢) رد المحتار ٢/٦٣٤، وما بعدها، منحة الخلق ١٨١/٤.

(٣) وقيل لا أجرة لها بعد الفطام، حاشية قليوبي وعسيرة على شرح المحلى ٨٨/٤.

(٤) المبدع ٨/٢٣٦.

إن للحاضنة أن تطلب أجره على حضانتها ويجبر الأب عليها ولو لم تكن مرضعة^(١).

لأنها إذا حضنته فقد حبست نفسها في تربيته فوجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجره للحضانة ، ولأن نفقة الصغير واجبة على الأب إن كان غنياً ، ومن جعلتها الإنفاق على حاضنته ، فلم تكن أجره من كل وجه بل لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة ، وسواء في استحقاق الأجرة أن تكون الحاضنة أمّاً أو غيرها ، لأن الأم إن استحققت الأجرة على الحضانة كان استحقاق الأجنبية لها من باب الأولى.

القول الثاني :

وذهب إليه المالكية^(٢) والحنابلة في القول الآخر^(٣) أن الحاضنة لا تستحق أجره على الحضانة لا من الأب ولا من غيره ، لأن الحضانة حق عليها ، ولا أجره لأحد على قيامه بما هو مستحق عليه ، ولأن نفقتها إنما وجبت على الأب حال النكاح ، أو في العدة لمكان الزوجية وحق الحبس للثابت له عليها أما بعد انتهاء العدة فلا نفقة لها عليه.

(١) هذا مشروط بكونها غير منكحة لأبي المحضون أو معتدة منه وإلا لم يكن لها أجره على حضانتها للطفل إذ هي مستحقة عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة على الأب. منحة الخالق ١٨١/٤.

(٢) الفولكه الدواني ١٠٤/٢ ، النسوقي ٥٣٤/٢.

(٣) هذا على القول بأن الحضانة حق على الحاضن المبدع ٢٣٦/٨ ، الفروع ٦١٧/٥.

فإذا ثبت عدم استحقاقها للأجرة لوجوب الحضنة عليها، وعدم استحقاقها النفقة على أب الصبي لم يكن لها عليه شيء لا نفقة ولا أجرة حضنة، وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه إذ لا يجب للإنسان أجر على فعل شيء مستحق عليه.

٢- أن يكون الأب معهما:

إذا كان الأب معسرا لا مال له، وحضنته الأم بلا مقابل فلا اشكال.

وإن رفضت أن تحضنه إلا بأجر وتبرعت أجنبية^(١) بحضنته فإنه لا ينزع من الأم بل تحضنه بأجر المثل عند الحنفية^(٢).

لأن في دفع الصغير إلى الأجنبية ضرر به فلا يعتبر معه الضرر في المال لأن حرمة دون حرمة، وإن تبرعت بحضنته من تستحق الحضنة كالعمة والخالة ونحوهما من غير أن تمنع أمه من رؤيته وتعهده ففي الصحيح عندهم يقال للأم أما أن تمسكه مجانا وأما أن تدفعه إليها. أما الشافعية^(٣) والحنابلة في قول^(٤).

فيرون أن لها أن تحضنه بالأجرة وتكون دينا على الأب حيث جعلوا مؤنة الحضنة على الأب من غير تقييد.

(١) ويراد بالأجنبية من ليس لها حق في الحضنة.

(٢) منحة الخالق ١٨١/٤.

(٣) وقيل تكون على من يلزمه نفقته، وهي عند الإصرار ولجة على الجد وإن علا فإن لم يوجد وجب على الأم أن تحضنه بغير أجر لوجوب نفقته عليها في هذه الحالة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٨٨/٤، تقارير الشيخ عوض مع الإقناع ١٩٤/٢، ١٩٥.

(٤) وهو اعتبار الحضنة حق للحاضن.

أما المالكية^(١) وهو قول عند الحنابلة^(٢) فيرون أن لا أجره لها وتحضنه مجاناً، لأنهم يقولون لا أجره لها على الحضانة إن كانت غنية من غير فصل بين غنى الأب أو فقره. والذي أراه راجحاً أن لا أجره لها على الحضانة فإن قلنا الحق لها فإنها تجبر على حضانتها مجاناً. وإن قلنا أنها حق عليها فبما أن تحضنه مجاناً وأما أن تسلمه لمن تبرعت بحضانتها مجاناً سواء كانت ممن يستحق الحضانة أو لا ، إذ عدم حضانتها ترك لحقها فيها.

(١) راجع الدسوقي ٥٣٤/٢.

(٢) على اعتبار أن الحضنة حق على الحاضن

المطلب الثاني

أجر المسكن للحاضن والمحضون

مما يتعلق بما سبق حق السكنى للحاضن والمحضون، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت أجره المسكن الذي يحضن فيه الطفل على الأب أو من تلزمه نفقته وعدم ثبوتها وحاصل خلافهم يتمثل في الآتي:

أولاً:

بالنسبة لسكن الطفل نجد أن الفقهاء شبه مجمعون ^(١) على أن أجره المسكن الذي يحضن فيه الطفل تكون من مال الطفل إن كان له مال أو من مال من تلزمه نفقته ^(٢)، كالأب عند يساره أو غيره من كل ذي رحم محرم أو من الورثة فقط على خلاف في هذا وقد سبق في النفقة ^(٣).

ولعل السبب في هذا هو أن السكنى من النفقة وهي واجبة في مال الطفل إن كان له مال وإلا فعلى من تلزمه نفقة الطفل.

(١) لم يشذ عن ذلك إلا المالكية في قول حيث يرون أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء ولا يزداد عليه شيء في سكنى الولد معه أن لا شيء عليه في أجره سكنه مع الحاضنة لأنه في مندوحة من دفع الأجر في سكنه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها لأجل سكنه فعلى الأب الأكل مما يزداد عليها أو عليه لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل لأخته لأنه لقدر الذي أضربها وإن كان ما يزداد عليه أقل غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده. يرجع لتاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٠/٤.

(٢) رد المحتار والدر المختار ٦٣٧/٢، ٦٧٠، ٦٧٦، القسوقي ٥٣٣/٢، قليوبي على شرح المعلى ٨٤/٤، الفروع ٥٩٥/٥.

(٣) يرجع ص من البحث.

ثانياً: أجر مسكن الحاضن:

اختلف الفقهاء في لزوم أجره المسكن الذي تقيم فيه الحاضنة مع الطفل وذلك على قولين:

القول الأول:

للحاضن أجر المسكن الذي تحضن فيه الطفل من ماله أو من مال من تلزم الطفل نفقته.

ذهب إلى ذلك الحنفية في الأظهر^(١) والمالكية في المشهور^(٢).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن أجره المسكن من النفقة وهي لازمة في مال الطفل أو في مال من تلزمه نفقته.

٢- قد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً أو لها مسكن بكواء أو ربما تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجره مسكن لتحضن فيه الولد.

٣- إن المحضون إن احتاج إلى خادم فإنه يلزم الأب به، فكان الزامه بأجرة المسكن أولى إذ احتياجه إلى المسكن مقدم على احتياجه إلى الخادم.

(١) هذا عندهم مشروطاً بأن لا يكون لها مسكن خاص بها فإن كان لها مسكن تقيم به ويكون الولد تبعاً لها من غير أن يزداد عليها في كرامه لأجله لم يكن لها أجره، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) الدسوقي والشرح ٥٣٣/٢، التاج والإكليل ٢٢٠/٤.

القول الثاني :

لا يجب للحاضنة أجر المسكن، لأن وجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن.

ذهب إلى ذلك الحنفية في قول^(١) وبه قال ابن وهب من المالكية^(٢).

وعلى هذا فإن على الحاضنة ما يخصها من أجر المسكن، وعلى الطفل ما يخصه من ماله أو من مال من تلزمه نفقته، بأن يجعل نصف أجر المسكن على الحاضن ونصفه على أبي المحضون، أو ثلثها على أبي المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، أو توزع على الرؤوس.

الترجيح:

والذي أميل إليه هو أن أجر مسكن المحضون يكون من ماله إن كان له مال، أو من مال من تلزمه نفقته لأن أجره المسكن من جملة النفقة وهي واجبة في ماله إن كان وإلا فعلى من تلزمه نفقته، أما أجره مسكن الحاضنة فإني أرى أن يكون من مال الطفل إن كان له مال وكانت الحاضنة أمه وهي فقيرة لا مسكن لها، أما إن كان لها مسكن بحيث يسكن معها المحضون تبعاً فلا.

(١) هذا عندهم في مقابل الأظهر، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) هذا القول هو مقابل المشهور في المذهب، يرجع التاج والمواهب ٢٢٠/٤.

وإن لم يكن للطفل مال فإني أرى أن لا حق لها في أجر المسكن على أبي المحضون أو من تلزمه نفقته، خاصة على القول بأن الحضانة حق عليها حيث لا حق لها أن تطالب بالأجر لشيء مستحق عليها، وحتى على القول بأن الحضانة حق للحاضن لم يكن لها أجر المسكن فإما أن تقبل حضانته بغير أجره المسكن أو تتركها لغيرها إذ لا تجبر عليها، ولأن الحاضنة ليست زوجة لأبي المحضون ولا معتدة منه فلا سكنى لها.

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع الحضانة والأحكام الفقهية المتعلقة بها

— فإنني أجمل أهم نتائج هذه الدراسة في النقاط التالية :

١- أن الإسلام قد أهتم بمعالجة الآثار التي يمكن أن تنجم عن افتراق الزوجين خاصة ما يتعلق منها بالأطفال الصغار حتى لا يؤثر ذلك الفراق وما يتبعه من مشكلات على هؤلاء الأبناء.

٢- أوجب الإسلام رعاية الأبناء على الآباء أو من يقوم مقامهما عند الافتراق كما كان ذلك واجباً عليهما قبل الفراق، بما يصلحهم وينشئهم تنشئة سليمة حتى يشبوا صالحين نافعين لمجتمعاتهم وأوطانهم.

٣- أوجب الإسلام هذا الحق للأبناء الصغار حتى يشبوا ويصيروا قادرين على إعالة أنفسهم كما أوجه لكل من بلغ منهم غير قادر على إعالة نفسه كالمجنون والزمن.

٤- أن الحضانة إنما هي لحظ المحضون فلا تثبت لمن كانت حضانته لا مصلحة فيها للمحضون وإن كان أقرب الناس إليه، فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا فاسق ولا كافر في أرجح الأقوال.

٥- إن الأنثى المستحقة للحضانة يسقط حقها فيها بزواجها بأجنبي من المحضون خاصة إذا كان هناك ضرراً يعود عليه من هذا الزواج.

٦- من سقط حقه في الحضانة لسبب من الأسباب يعود له ذلك الحق بمجرد زوال السبب للمانع كالزواج والفسق والكفر ونحوها.

- ٧- لا أثر للمسافر في إسقاط حق من له الحضانة سواء كان هو المسافر أو من ينازعه فيها.
- ٨- أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه وذلك بالإجماع ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات ، ثم الأخوة ثم الخالات ، ثم العمات والأعمام في الأرجح، وإن هذا الترتيب اجتهدى روعى فيه مصلحة الصبي بتقديم من كان أكثر شفقة وصيانة على غيره.
- ٩- أن نفقة المحضون وأجر رضاعه في ماله إن كان له مال وإلا ففي مال من تلزمه نفقته وأنها لا تقدر بشئ بعينه بل المراعى فيها كفاية المحضون.
- ١٠- إن للأم الحاضنة إذا كانت مرضعة الحق في أجر رضاعه ففى ماله أو فى مال أبيه بشرط أن لا يزيد عن أجر المثل.
- ١١- إن للحاضنة الحق في طلب أجر الحضانة من مال الطفل أو من مال من تلزمه النفقة سيما إذا كانت أما للمحضون وهى فقيرة وللصغير مال إذ نفقتها فى هذه الحالة واجبه عليه.
- ١٢- إن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون فى ماله إن كان له مال، وإلا ففي مال من تلزمه نفقته، أما أجر سكن الحاضن فمن مال نفسه إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وهى فقيرة وهو موسر، حيث تكون نفقتها واجبة عليه ومن جملة ذلك أجر السكن الذى تقيم فيه.

والله تعالى أعلم ، ،

مصادر البحث

أولاً: القرآن الكريم وعلومه

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص — المكتبة التجارية مكة المكرمة.
- ٣- الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد القرطبي — ط دار الغد العربي.
- ٤- مفاتيح الغيب — أو التفسير الكبير لفخر الدين الرازي — ط دار الغد العربي.

ثانياً: الحديث وعلومه :

- ١- التلخيص مع المستدرک للإمام الذهبي ط دار المعرفة بيروت.
- ٢- الجامع المختصر من السنن — المعروف بـسنن الترمذی — ط دار الفكر.
- ٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ط مصطفى الحلبي.
- ٤- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي — ط دار المعرفة — بيروت.
- ٥- السنن لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني — ط دار الريان.
- ٦- السنن لابن ماجة القزويني — ط دار الريان للتراث.
- ٧- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري — ط دار الفتح الإسلامي الإسكندرية.

٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - ط دار الريان.

٩- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري - ط دار المعرفة - بيروت.

١٠- المصنف لعبد السرازق بن همام للصنعمانى - ط المكتب الإسلامى.

١١- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح للزرقانى - ط دار الفكر.

١٢- منتهى الأخبار بشرح نيل الأوطار لابن تيمية - ط دار التراث - القاهرة.

١٣- نيل الأوطار للإمام الشوكانى ط - دار التراث - القاهرة.

١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى - ط دار الحديث - القاهرة.

ثالثاً: اللغة:

١- القاموس المحيط للفيروز أبادى - المطبعة الأميرية.

٢- المعجم الكبير إصدار مجمع اللغة العربية - الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٣- المعجم الوسيط إصدار مجمع اللغة العربية - الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى ط - دار الحديث - القاهرة.

- ٥- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب لابن بطلال الركبي -
مع المذهب - ط دار الفكر.

رابعاً: الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني - ط دار الكتاب العربي
- بيروت .
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي - ط دار المعرفة
- بيروت.
- ٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ط - دار احياء
التراث العربي بيروت.
- ٤- حاشية الطائي مع شرح للكنز لمحمد بن يونس الطائي - ط
مصطفى الحلبي .
- ٥- الدر المختار للحصكفي مع حاشية رد المحتار - ط دار إحياء
التراث العربي .
- ٦- شرح الكنز للعيني - ط مصطفى الحلبي.
- ٧- العناية على الهداية للبايرتي مع فتح القدير - ط دار الفكر.
- ٨- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد
المعروف بابن الهمام - ط دار الفكر.
- ٩- المبسوط للمرخمي - ط دار المعرفة - بيروت.
- ١٠- منحة الخالق لابن عابدين مع البحر الرائق - ط دار المعرفة -
بيروت.

١١- الهداية شرح بداية المبتدى لعلی بن أبی بكر المرغینانی - ط دار الفكر.

ب- الفقه المالکی:

١- التاج والإکلیل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق - ط دار الفكر.

٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقي - ط فيصل الحلبي .

٣- حاشية الرهوني على شرح للزرقاني لمختصر خليل ط - دار الفكر - بيروت.

٤- حاشية للمدنی على كنون بهامش حاشية الرهوني - ط دار الفكر - بيروت.

٥- الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي - ط فيصل الحلبي .

٦- شرح للزرقاني على الموطأ ط دار الفكر.

٧- الفواكه النوانی على رسالة ابن أبی زيد القيروانی - للنفسراوی المالکی - مطبعة مصطفى الحلبي .

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم - مطبعة السعادة - مصر.

٩- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للخطاب - ط دار الفكر.

ج- الفقه الشافعي:

١- الاقتناع في حل ألفاظ أبی شجاع للشربيني الخطيب - ط عيسى الحلبي.

- ٢- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي — ط دار المعرفة — بيروت.
- ٣- تكملة المجموع للشيخ المطيعي — ط مكتبة الارشاد بجدة.
- ٤- تقارير للشيخ عوض ومجموعة من العلماء مع الاقناع — ط عيسى الحلبي .
- ٥- حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى — مع قليوبى — ط فيصل الحلبي .
- ٦- حاشية قليوبى على شرح المحلى — ط فيصل الحلبي .
- ٧- الحاوى الكبير للماوردي — ط دار الكتب العلمية — بيروت.
- ٨- شرح المحلى على المنهاج مطبوع مع قليوبى — ط فيصل الحلبي.
- ٩- المذهب للشيرازي — ط دار الفكر.
- ١٠- مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى — ط دار المعرفة — بيروت.

د- الفقه الحنبلي:

- ١- تصحيح الفروع لأبى الحسين على بن سليمان المرداوى — ط عالم الفكر.
- ٢- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن إدريس البهوتي — ط دار الفكر.
- ٣- الفروع لأبى عبد الله محمد بن مفلح — ط عالم الفكر.
- ٤- الكافي لابن قدامة المقدسي — ط المكتب الإسلامي .

- ٥- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن محمد بن مفلح - ط
المكتب الإسلامي .
- ٦- مجموع فتاوى ابن تيمية - مؤسسة قرطبية - الهرم .
- ٧- المغنى لابن قدامة المقدسى على مختصر الخرقى - مكتبة
الكلية الأزهرية .

هـ - الفقه الظاهري:

- ١- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى - ط دار
التراث - القاهرة .

و- الفقه الزيدى:

- ١- البحر الزخار للجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى -
ط دار الكتاب الإسلامى .
- ٢- السيل الجرار المنتفخ على حدائق الأزهار للشوكانى - ط دار
الكتب العلمية .

ز- مراجع عامة:

- ١- البداية والنهاية لابن كثير - ط دار الغد العربى .
- ٢- حياة الحيوان للدميرى .
- ٣- المقادير الشرعية والأحكام الفقهية لمحمد نجم الدين الكردى .

★★★★★

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٢	مقدمة
١٥	تمهيد
١٥	تعريف الحضنة
١٧	حكم الحضنة
١٨	تعيين الحضنة
٢٠	من تثبت عليه الحضنة ووقت ثبوتها
٢٥	الفصل الأول: شروط استحقاق الحضنة
٢٦	المبحث الأول: القدرة على الحضنة
٢٦	المطلب الأول الجنون والسفر
٢٧	المطلب الثاني : العاهة المضرة
٢٨	المطلب الثالث: العجز عن القيام بحق المحضون
٣٠	المبحث الثاني : أمانة الحاضن
٣٠	المطلب الأول: ما يعد فسقا تسقط به الحضنة.
٣٢	المطلب الثاني : للخلاف في سقوط حضائنة الفاسق
٣٥	المبحث الثالث : إسلام الحاضن
٤١	المبحث الرابع: عدم زواج المستحقة للحضنة

الصفحة	الموضوع
٤٢	المطلب الأول : إذا كان الزوج قريباً.....
٤٣	المطلب الثاني: إذا كان الزوج غير قريب للمحضون
٥٣	المطلب الثالث : عود الحضانة للمرأة.....
٥٩	المبحث الخامس : أثر السفر في سقوط حضانة الأنثى
٦٠	المطلب الأول : السفر القريب
٦٣	المطلب الثاني : المسافة البعيدة
٧٣	المطلب الثالث : عود الحضانة بالعود من السفر
٧٤	المطلب الرابع : الاختلاف في نوع السفر.....
٧٥	الفصل الثاني : المستحقين للحضانة.....
٧٦	المبحث الأول : أفراد النساء بالحضانة
٧٦	المطلب الأول : مراتبهن في الحضانة
٨٨	المطلب الثاني : غاية حضانة المرأة
١٠٥	المبحث الثاني : أفراد الرجال بالحضانة
١٠٥	المطلب الأول : المستحقون للحضانة من الرجال
١٠٧	المطلب الثاني : مراتبهم
١١١	المبحث الثالث : اجتماع للرجال والنساء

الصفحة	الموضوع
١١١	المطلب الأول : فيمن يقدم بالحضانة
١١٨	المطلب الثاني : لا يسقط حق الفرع في الحضانة إسقاط الأصل لحقه
١٢٠	الفصل الثالث: نفقة المحضون وأجر الحضانة
١٢٠	المبحث الأول : نفقة المحضون
١٢١	المطلب الأول: نفقة المحضون على أبيه
١٢٤	المطلب الثاني : شروط وجوب النفقة
١٢٧	المطلب الثالث : مقدار النفقة
١٢٨	المطلب الرابع : دفعها للحاضنة
١٣٠	المطلب الخامس: ضمان النفقة
١٣٠	المطلب السادس : حبس الأب في نفقة الصغير
١٣١	المطلب السابع: من يجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره
١٣٩	المبحث الثاني : رضاع المحضون
١٣٩	المطلب الأول : لا تجبر الأم على الإرضاع إلا في مسائل
١٤٣	المطلب الثاني : طلب الأجر على الإرضاع...
١٥١	المطلب الثالث : على من يجب أجر الرضاع

الصفحة	الموضوع
١٥٥	المبحث الثالث : أجر الحضنة والمسكن
١٥٥	المطلب الأول: أجرة الحضنة
١٦١	المطلب الثاني : أجر المسكن للحاضن والمحضون
١٦٥	الخاتمة
١٦٧	مصادر البحث
١٧٣	فهرس الموضوعات



التكييف الفقهي للإقالة

دراسة مقارنة

إعداد

علي أحمد علي مرعي

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

لنتناول هذا البحث في مطلبين

المطلب الأول : أضمنه كلمة إجمالية عن الإقالة

المطلب الثاني : أوجز فيه التكييف الفقهي للإقالة

المطلب الأول

كلمة إجمالية عن الإقالة

معنى الإقالة:

الإقالة لغة ^(١) مأخوذة من القيل بمعنى الرفع والإزالة قال فى القاموس قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته واستقاله طلب إليه أن يقله وتقابل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها. أما الإقالة فى اصطلاح ^(٢) الفقهاء:

فقد عرفها قوم بأنها رفع العقد والرفع جنس فى التعريف وبإضافة الرفع إلى العقد خرج رفع ما سوى العقد. ويلاحظ على هذا التعريف أن الرفع فيه مطلق يشمل رفع العقد بطريق الإقالة وغيره كرفع العقد بحكم الحاكم أو رفعه باستقلال أحد العاقلين متى ثبت له هذا الحق وعلى هذا يكون التعريف المذكور غير مانع ومن نتبع كلام الفقهاء فى الإقالة وما يتعلق بها من مسائل يمكن أن تعرف بما يلى:

الإقالة اتفاق العاقلين أو من يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع بينهما بشروط مخصوصة.

وقولنا اتفاق جنس فى التعريف يشمل كل اتفاق خرج عنه الاختلاف وبإضافة اتفاق إلى العاقلين خرج به اتفاق ما سواهما وقولنا أو

(١) القاموس المحيط مادة قيل.

(٢) ومن هؤلاء صاحب التتوير وشارحه وصاحب رد المحتار وابن نجيم راجع رد المحتار ج٤ ص ١٥٠، البحر الرائق ص ١١٠.

من يقوم مقامهما قيد لإدخال بعض صور الإقالة كأن تقع بين وكيلين
العاقدين أو بين أحدهما ووكيل الآخر.

وقولنا على نقض إلى آخره بيان لمحل الإقالة خرج بذلك الاتفاق
على إنشاء عقد جديد.

مشروعية الإقالة :

الإقالة مشروعة باتفاق الفقهاء والدليل على مشروعيتها السنة
والإجماع والمعقول.

أما السنة: فما رواه أبو داود وابن ماجه بسندهما عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : " من أقال مسلما بيعته أقال الله عزته " .

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ رغب في الإقالة ووعد
فاعليها بالثواب ولو كانت غير مشروعة ما فعل بصدها ﷺ ما فعل .

وأما الإجماع: فقد نقله كثير من الفقهاء والمحدثين منهم صاحب
سبل السلام^(١) وابن نجيم.

وأما المعقول : فحاجة الناس إليها في معاملتهم فإن العاقد قد يندم
على ما أقدم عليه ولا يجد أمامه طريقا إلى التحلل من العقد فشرع الله

الإقالة وندب إليها لإزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب عن المكروب.

أركان الإقالة :

اتفق الفقهاء على أنه لا بد في تحقيق الإقالة من عاقلين وصيغة
ومحل على خلاف بينهم في العاقلين والمحل هل يعتبر وجودهما ركنا أو

(١) سبل السلام ، البحر الرائق ١١١/٦ .

شرطا ويشترط في العاقدین أن يكونا أهلا لمباشرة العقد الذي يراد رفعه بالإقالة لأن من لا يملك الإنشاء لا يملك الرفع.

ويشترط في الصيغة أن تدل على الإقالة على خلاف بين الفقهاء في المعاطاة هل تصح بها الإقالة أو لا ؟

أما محل الإقالة فهو العقد الذي ترد عليه ومن العقود ما يصلح لأن يكون محلا للإقالة باتفاق الفقهاء كعقود المبادلات المالية التي يقصد منها العوض من بيع وإجارة ونحوهما ومن العقود مالا يصلح محلا للإقالة فلا تدخله باتفاق فقهاء المذاهب وهي للعقود التي لا يقصد فيها المعاوضة المحضة كعقد النكاح ومن العقود ما يختلف الفقهاء في أن هل يصلح محلا للإقالة أولا ومن ذلك الحوالة فمن الفقهاء من يرى جواز رفعها بطريق الإقالة ومن هؤلاء الحنفية ومنهم من لا يرى جواز ذلك كالشافعية^(١).

(١) هذا وقد قال العلامة الكمال في الفتح نقلا عن النهاية ما نصه " إذا وقع البيع ففسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحذور ولا يكون ذلك إلا بالإقالة.

وفهم من هذا أن الإقالة تتعين طريقا لرفع البيع الفاسد والمكروه فلا يرفع كل واحد منهما إلا بها.

والذي يفهم من كلام الفقهاء ومنهم الحنفية أنه يجب على العاقدین فسخ البيع الفاسد ما دلم المبيع صالحا للرد ويجب على القاضي فسخ مثل هذا التصرف متى لطلع عليه ولو جبرا على المتعاقدين.

قال صاحب الكنز من الحنفية فمن يملك فسخ البيع الفاسد " ولكل منهما فسخه "

ونذكر العلامة الزيلعي أن اللام بمعنى على لأن رفع الفساد واجب على العاقدین، وقال صاحب الهداية في فسخ البيع الفاسد " ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رقما للفساد " واستدرك

المطلب الثاني

التكليف الفقهي للإقالة

وبعد هذه الإشارة الموجزة إلى معنى الإقالة ومشروعيتها نبحث
تكييف الإقالة من حيث كونها فسخاً أم بيعاً.

وقد اختلف في هذا الفقهاء فذهب جماعة إلى أن الإقالة فسخ للعقد
السابق وهو الأرجح^(١) عند الشافعية والحنابلة وبه قال زفر من الحنفية ،
وحكاه صاحب البحر عن القاسم والهادي وأبي طالب وأبي العباس وأحد
قولين للمؤيد بالله.

وذهب فريق آخر إلى أن الإقالة ابتداء بيع جديد وممن ذهب إلى
هذا ابن حزم^(٢) وزيد بن علي والناصر وهو رأي مرجوح للشافعية

على هذا العلامة للكمال فقال وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال
وعلى كل واحد فسخه غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخصص من
دعواه.

وقال صاحب الدر ويجب على كل واحد منهما فسخه.

وبين ما نقلناه عن هؤلاء الفقهاء وفيهم الكمل نفسه وبين ما ذكره الكمال أولاً ما يوهم
التعارض لأن فسخ العقد الفاسد لا يتوقف على رضا المتعاقدين والإقالة تتوقف على رضاها
فلا يكون فسخ العقد الفاسد إقالة أو على الأقل لا تتعين الإقالة طريقاً لفسخ العقد الفاسد، وقد
صرح العلامة الكلباسي بأن البيع الصحيح اللازم لا يرتفع إلا بالإقالة أما البيع الصحيح غير
اللازم والبيع الفاسد فيرتفع كل واحد منهما بالفسخ.

راجع فيما تقدم فتح القدير ج ٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج ٤ ص ١٢١ والبدائع ج ٧ ص ٣٣٩٣
البحر الرائق ج ٦ ص ١١١ وما بعدها.

(١) المجموع ج ٩ ص ٢١٥ ، المغني ج ٤ ص ١٢١ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٧٥.

(٢) المحلى ج ٩ ص ٥٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٥٤.

والحنابلة وإلى هذا ذهب للمالكية إلا في المرابحة وبيع الطعام والأخذ بالشفعة^(١).

وذهب أبو حنيفة^(٢) وصاحباؤه إلى التفصيل بعد اتفاقهم على أن الإقالة بيع بالنسبة إلى غير العاقلين كما اتفقوا على أنها فسخ إن وقعت قبل القبض وكان المبيع منقولا.

واختلفوا فيما سوى هذا فروى عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق العاقلين بيع في حق غيرهما سواء وقعت قبل القبض أو بعده وروى عنه أنها إن وقعت قبل القبض كانت فسخا وإن وقعت بعده كانت بيعا. وروى عن أبي يوسف أن الإقالة بيع في حق العاقلين وغيرهما إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا وروى عنه أنها ابتداء بيع على كل حال. وقال محمد هي فسخ في حق العاقلين وغيرهما إلا إذا تعذر جعلها فسخا فتجعل ابتداء بيع^(٣).

الأئمة:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة فسخ بالسنة والمعقول. أما السنة: فالحديث السابق^(١) في مشروعية الإقالة ووجه الدلالة من الحديث أن معنى الإقالة الرفع والإزالة وهذا المعنى متحقق في الفسخ فيكون فسخا.

(١) المحلى ج ٩ ص ٥٠٤، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٥٤.

(٢) لما في المرابحة وبيع الطعام قبل القبض فهي حل بيع على تفصيل في هذا عديم ولما في الأخذ بالشفعة فليست بيعا ولا حل بيع بل تصرف باطل.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج ٤ ص ١٣١، لبدائع ج ٧ ص ٣٢٩٣.

وقد يعارض هذا بأنها لو كانت فسخا ما توقفت على رضا العاقدين كالفسخ بخيار الشرط لكنها تتوقف على الرضا فلا تكون فسخا. ويجب أن عن هذا بأنه لا نسلم أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم توقفها على رضا العاقدين وإن سلم فمن الفسخ ما لا يتوقف على الرضا كالفسخ بناء على خيار ومن الفسخ ما يتوقف على رضا العاقدين كالإقالة.

وأما المعقول: فلأن الإقالة تصرف يقتضى رد البيع ولا يصح به عقد البيع ابتداء فكانت فسخا كالرد بالعيب.

واستدل من ذهب إلى أن الإقالة ابتداء بيع بالمعقول من لوجه أحدهما: أن المبيع قد عاد إلى ملك البائع على الجهة التى خرج عليها فلما كانت الأولى بيعا فكذلك الثانية.

ويناقش هذا بمنع المماثلة بين الحالين ولو سلم فهو قياس مع الفرق لأنه الحالة الأولى وقع بلفظ يصح به ابتداء البيع بخلاف الثانية. الوجه الثانى من المعقول: أن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا موجود فى الإقالة فتكون بيعا.

ويناقش هذا بأن الإقالة رجوع عن مبادلة وليس ابتداء مبادلة. والوجه الثالث: وهو قريب من سابقه أن الإقالة تصرف يقتضى الملك بالتراضى فكانت بيعا كالبيع المبدأ.

(١) وعلى هذا فهى نوع من أنواع الفسخ وبينها وبينه عموم وخصوص مجتمعان فى فسخ العقد بعد إزمومه بالاتفاق عليه وينفرد الفسخ باستقلال أحد العاقدين به، فكل إقالة فسخ من غير عكس.

ويناقش هذا بأن منقوض بالبيع المبتدأ بلفظ الإقالة فكان ينبغي أن يصح به البيع وينتقل الملك لكن ذلك غير جائز.

الوجه الرابع: أن الإقالة لو كانت فسخا ما جازت إلا ببرد عين الثمن لأن مقتضى الفسخ رد كل من العوضين إلى صاحبه لكن الإقالة تجوز ببرد عين الثمن وبرد غيره فبطل كونها فسخا فكانت بيعا جديدا.

ويناقش هذا بمنع أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم جوازها إلا ببرد عين الثمن لأن الثمن إما أن يكون في النعمة أو عينا وفي كلتا الحالتين لا يلزم من فسخ العقد رد عين الثمن لأنه إن كان في النعمة فإنه لا يحتمل التعيين وإن عين فهذا شأن ما في النعمة ميجوزا لفسخ مع رد مثل الثمن لا عينة.

وإن كان الثمن عينا معينا فيجوز الفسخ ويرد للثمن عينه إن كان باقيا ويبدله إن فات .

وحاصل مذهب أبي حنيفة وصاحبيه يرجع إلى الآراء التالية.

الأول: الأصل في الإقالة أنها فسخ إلا عند الضرورة فتجعل بيعا.

الثاني : الأصل فيها أنها بيع إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا.

الثالث: الإقالة فسخ في حق العاقدتين بيع في حق غيرهما .

الرابع: الإقالة فسخ قبل القبض وبعده بيع.

وجه للرأى الأول: على أنها فسخ ما سبق في أدلة المذهب الأول

ووجه جعلها بيعا عند تعذر الفسخ أن الأصل في التصرف الصحة إذا

صدر من الأهل في المحل القابل له وجعل الإقالة بيعا عند تعذر جعلها

فسخا أولى من إهدار عبارة العاقد.

ووجه الرأي الثاني : على أنها بيع ما تقدم في أدلة المذهب الثلثي ووجه جعلها فسخا عند تعذر جعلها بيعا صيانة عبارة العاقد عن الإلغاء. ووجه الرأي الثالث: أن كل واحد من العاقلين يأخذ رأس ماله يبدل وهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار هذا المعنى في حق العاقلين للتفاقي فكانت فسخا في حقهما بخلاف غيرهما.

ووجه الرأي الرابع : ما تقدم من أن حقيقة البيع موجودة في الإقالة لكن لو قلنا بذلك قبل القبض لأغنيا عبارة العاقد لأنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه.

ونناقش أدلة الحنفية بأن حقيقة الشيء الواحد لا تختلف والأصل اعتبار الحقائق.

والراجع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو أن الإقالة فسخ لأنه يجوز لعاقدي السلم أن يتراضيا على الإقالة قبل قبض المسلم فيه باتفاق الفقهاء.

ولو كانت بيعا ما جازت لنهي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه قال ابن قدامة " قال ابن المنذر وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعا^(١).

وعلى هذا يشترط لوقوعها صحيحة ما يلي^(٢).

(١) المنى ج ٤ ص ١٢٢.

(٢) المجموع ج ١٢ ص ٢٦٥، المنى ج ٤ ص ١٢٣، البحر الرائق ج ٦ ص ١١٠، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤٧، أشباه السيوطي ص ١٧٢.

١- رضا العاقدین وحضورهما أو من يقوم مقامهما مجلس الإقالة أما اشتراط الرضا من العاقدین فلأنه لو صح لفرد أحدهما بالإقالة لفات مقتضى العقد هو للزوم إن كان العقد لازماً بالنسبة إلى كل واحد من العاقدین ثم أن حقيقة الإقالة تتمثل فى اتفاق العاقدین على الفسخ وهذا يقتضى رضاهما.

وأما اشتراط الحضور فلأنه لما توقفت الإقالة على رضا العاقدین اشبهت العقد فيشترط حضور العاقدین أو من يقوم مقامهما.

٢- أن تكون بمثل الثمن الأول لأنها فسخ للعقد ومقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى صاحبه.

٣- أن يكون العقد المراد رفعه بالإقالة قابلاً للفسخ لأن الفسخ أعم من الإقالة وإذا انتفى الأعم انتفى الأخص.

وإذا أهلك المبيع فى زمن للخيار بعد أن قبضه المشتري امتنع الفسخ عند الحنفية ورأى مرجوح للشافعية فتمتنع الإقالة .

والراجح عند الشافعية أن هلاك المبيع فى هذه الحالة لا يمنع من الفسخ فتصح الإقالة عندهم بناء على أنها فسخ.

أما على القول بأن الإقالة بيع فيشترط لها ما يشترط للبيع .

.. والله أعلم ، ، ، ،

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٨١	المطلب: الأول كلمة إجمالية عن الإقالة.....
١٨٤	المطلب الثاني : التكليف الفقهي للإقالة.....
١٩٠	فهرس الموضوعات :.....

الاحتكار ووسائل معالجته دراسة فقهية مقارنة

إعداد

الدكتور / جمال محمد يوسف

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

بأسيوط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُتَكَلِّمًا

إِن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ونصلي ونسلم صلاة وسلاماً دائماً على أفضل المرسلين وسيد الهداة وعلى آله الطيبين الأطهار، وصحابته الخيرين الأبرار، ورضي الله تبارك وتعالى على كل من سار على درب الهدى واقتفى أثر النبي المصطفى إلى يوم الدين.

وبعد

فإنَّ للتجارة مهنة تعد من أفضل المهن والأعمال إذا بر فيها التاجر، وصديق فقد قال النبي ﷺ: "التاجر الصدوق الأمين من النبيين والصديقين والشهداء"^(١)، وسئل النبي ﷺ: أى الكسب أطيب؟ قال: عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور"^(٢)، غير أن كثيراً من التجار

(١) الحديث: أخرجه الترمذى والحاكم عن أبي سعيد الخدرى، قال الترمذى: حديث حسن، ولاين ماجه نحوه عن ابن عمر.

أنظر: سنن الترمذى ج ٢ ص ٣٤١، وما بعدها ط دار الفكر، المستترك على الصحيحين للحاكم النيسابورى ج ٢ ص ٦ - ط دار المعرفة بيروت - لبنان، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٤، دار الحديث، فيض القدير للمناوى ج ٢ ص ٢٧٨، دار الفكر.

(٢) الحديث: رواه البزار عن رفاعه بن رافع بن خديج، وقال الحاكم صحيح الإسناد. أنظر: المستترك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١٠، مبدل السلام للصنعاني ج ٢ ص ٧٨٨ - ط دار الحديث.

لا يلتزمون بالصدق، والعدل واجتناب الظلم فى المعاملة، ويضربون غيرهم بحبس الملع التى يحتاجها الناس عن البيع بقصد رفع الأسعار عليهم، فهو لاء قد حولوا نعمة الله كفراء، ولو ثوا رزقهم بالمال الحرام، وجروا على أنفسهم الخسار والبوار، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: " من احتكر الطعام أربعين يوما ثم تصدق به لم يقبل منه"^(١)، أى لو تيقظ ضمير المحتكر بعدما احتكر طعام المسلمين وضيق عليهم معاشهم ثم تصدق بما اكتسبه من مال حرام لم تكن صدقته كفارة لا ثم الاحتكار؛ لأن الله طيب لا يقبل إلا طيبا.

وكلنا يعلم بحجم المأساة التى نعيشها فى العصر الحاضر من جراء الغش والاحتكار فى مجالات الغذاء والدواء ومواد البناء وغير ذلك من الأمور.

وكما حرم الإسلام الغش تحريما قاطعا وحذر النبى ﷺ بأن من يفعل ذلك فليس من المسلمين، وقال: " من غشنا فليس منا"^(٢) فكل ذلك حرم

(١) الحديث أخرجه ابن عساکر فى التاريخ عن معاذ بن جبل ؓ، ورواه أبو منصور الديلمسى فى مسند الفردوس.

انظر: فيض القدير للمنولى ج ٦ ص ٣٥، وما بعدها.

(٢) الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه.

انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ج ١ ص ٣٨٦ ط دار الحديث، سنن أبى داود ج ٣

ص ٢٧٢ — ط دار إحياء السنة النبوية، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٩، مسيل السلام

ج ٣ ص ٨٢٠.

الإسلام الاختكار وأبعد النبي ﷺ للمحتكر من درجات الأبرار والمتقين وقال: " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون" (١).

وشعورا منى بأهمية هذا الموضوع في الحياة العملية فقد أختارته للكتاب فيه وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول : الاختكار وأحكامه.

الفصل الثاني : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار.

ونختم البحث ببيان أهم نتائجه.

وأسأل الله ﷻ أن يجنبنا للخطأ والزلل، وأن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم: ﴿ ربنا اغفر لنا ذنوبنا وإسرافنا في أمرنا وثبت أقدامنا واتصرننا على القوم الكافرين ﴾ (٢).

صلى الله عليه وسلم

د. / جمال محمد يوسف

(١) سيأتي تخريج هذا الحديث.

(٢) سورة آل عمران من الآية : رقم ١٤٧.

الفصل الأول

الاختكار وأحكامه

تمهيد:

لا ريب أن الاختكار يعد إهدارا لحرية التجارة، فالمحتكر يتحكم في السوق، ويفرض على التجار الآخرين وعلى الناس ما يشاء من أسعار.

والتحكم في السعر بهذه الطريقة يسبب أضرارا اقتصادية واجتماعية خطيرة، ولذلك يتعين علينا أن نبين مفهوم الاختكار، ووصفه أو حكمه الشرعي، وما يحرم احتكاره من السلع، وشروط تحريمه، وحكم ادخار الأوقات الضرورية.

وهذا هو ما سنقوم ببحثه في هذا الفصل في المباحث الخمسة

الآتية:-

المبحث الأول: تعريف الاختكار.

المبحث الثاني: الوصف الشرعي للاختكار.

المبحث الثالث: ما يحرم احتكاره من السلع.

المبحث الرابع: شروط الاختكار المحرم.

المبحث الخامس: حكم ادخار الأوقات الضرورية.

المبحث الأول

تعريف الاختكار

تعريف الاختكار في اللغة:

الاختكار في اللغة: الجمع والحبس فقد جاء في مختار الصحاح

للرازي: "اختكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء"^(١).

والاسم منه الحكر والحكرة، وأصل الحكر: الجمع والامساك،

وحكره يحكره حكراً: ظلمه، يقال فلانا يحكر فلانا إذا أدخل عليه مشقة

ومضرة في معاشرته ومعايشته"^(٢).

تعريف الاختكار في اصطلاح الفقهاء:

تعددت تعريف الفقهاء للاختكار على النحو الآتي:-

فقد عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء

أربعين يوماً"^(٣).

وعرفه المالكية بأنه: الانخار للبيع وطلب الربح بتقلب

الأسواق"^(١).

(١) مختار الصحاح للرازي ص ٦٢ مكتبة لبنان، وراجع في ذلك أيضاً المصباح المنير

للقوي ص ١٤٥، ط دار المعارف، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ ص ٩٢، ط دار الجيل.

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ٢ ص ٩٤٩، ط دار المعارف.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٧ ط دار الفكر، بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش

مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٤٧، ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

وعرفه الشافعية: بأن يشتري الشخص الطعام في وقت الغلاء ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة^(١).
وعرفه الحنابلة: بأن يشتري الشخص القوت للتجارة ويحبسه فيقل فيخلوا السعر^(٢).

وإذا دققنا النظر في هذه التعريفات يتضح لنا ما يلي:

- ١- أن المعنى الاصطلاحي للاختكار يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعنى اللغوي، ولا ريب أنه كلما ارتبط المعنيان فإن التعريف يكون أقرب إلى الفهم والتصور.
- ٢- أن الادخار لغير البيع وطلب الربح لا يصدق عليه وصف الاختكار كما لو أمسك الشخص شيئاً من غلته ليبيعه في زمن الغلاء.
- ٣- أن تعاريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة قد نصت على أن الاختكار يكون في الأقوات لا غير في حين أن تعريف فقهاء المالكية لم ينص على ذلك ومن ثم فإن الاختكار عندهم يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة، وهذا لرأى يتفق تماماً مع علة

(١) لمنتقى شرح الموطأ للباجي ج ٥ ص ١٥ - ط دار الفكر العربي.

(٢) روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣٠ - ط دار الفكر ، حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٩٢ .

(٣) كشف القناع للبهوتي ج ٣ - ١٨٧ - ط دار الفكر.

تحریم الاختكار، إذ أن المقصود من التحريم هو : رفع الضرر عن عامة الناس.

٤- يتضح - أيضا - من تعريف فقهاء الشافعية أن التاجر لو أمسك شيئا من بضاعته وباعها في زمن الرخص فإن هذا لا يسمى احتكارا حيث قيد التعريف البيع بكونه في زمن الغلاء. وعلى ضوء ما سبق فإنه يمكننا أن نضع التعريف التالي للاحتكار هو : حبس السلع التي يحتاجها الناس عن البيع لتقل في الأسواق وتقلو أثمانها.

ومن الجدير بالذكر أن احتكار السلع يوصف في العصر الحاضر: " بالسوق السوداء" وإنها لسوداء فعلا على البائع، لأنه يأخذ أموال الناس بغير حق ولا جهد مما يجعله يستحق اللعن والبغض من الله ﷻ ومن الناس، وهي - أيضا - سوداء على المشتري، لأنه يضطر إلى الشراء مهما كانت حالته من فقر أو احتياج.

المبحث الثاني

الوصف الشرعي للاختكار

يقصد بالوصف الشرعي ما يسمى فى اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفى^(١). وهو كون الفعل واجبا، أو مندوبا، أو حراما، أو مكروها، أو مباحا.

هذا وقد اختلف آراء الفقهاء فى صفة أو حكم الاختكار فىرى جمهور الفقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية فى الصحيح وبعض الحنفية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية أن الاختكار محرم^(٢).

(١) الحكم التكليفى هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالانقياض أو التخيير، وفعل المكلف بهذا الاعتبار عند جمهور الأصوليين ينقسم إلى واجب، ومندوب، وحرام، ومكروه، ومباح، وألم عند الحنفية فإن الحكم التكليفى ينقسم إلى فرض، ووجوب ومندوب، وحرام ، ومكروه كراهة تحريرية، وتقزيبية ، ومباح.

والفرض: هو ما طلبه الشارع بالزلم وثبت الطلب بدليل قطعى لا شبهة فيه.

والوجوب: ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة.

والمندوب: ما طلب الشارع فطه طلبا غير لازم، والحرام: هو ما ثبت النهى عنه بدليل قطعى لا شبهة فيه، والمكروه: ما ثبت النهى عنه بدليل ظنى فيه شبهة.

والمباح: ما خیر الشارع المكلف فيه بين الفعل وتركه.

انظر: فى تعريف الحكم التكليفى وأقسامه.

للتوضيح على التوضيح جـ ١ ص ١٢١، وما بعدها، مطبعة محمد على صبيح، إرشاد الفحول للشوكانى ص ٦ مطبعة مصطفى البابى الحلبي أصول الفقه للشيخ / محمد أبو زهرة ص ٢١ - ٢٢ - مطبعة دار الفكر العربى.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٧، وما بعدها - ط دار الفكر الطبعة الثانية ، حاشية المننى على كتون ج ٥ ص ١١ وما بعدها، ط دار الفكر، المعنى والشرح الكبير لابن -

ويرى أكثر فقهاء الحنفية وهو قول في مذهب الشافعية والإمامية أن الاختكار مكروه إذا كان يضر بالناس^(١).
الأئمة:

استدل جمهور الفقهاء على تحريم الاختكار بما يأتي :

١- الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم﴾^(٢).

وجه الدلالة:

أن الإلحاد هو الميل بالظلم والعدوان، والظلم منهى عنه وقد نوحى الله ﷻ عليه بالعذاب الأليم، والاختكار من الظلم ويدخل تحت الوعيد، إذ أن الآية قد وردت بصيغة العموم، والوعيد بالعذاب الأليم لا يكون إلا على فعل محرم فيكون الاختكار محرماً، وقد ذكر القرطبي في تفسيره

= مقدمة جـ ٤ صـ ٥١٠، ط دار الفكر العربي، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨، بدائع الصنائع للكاملاني جـ ٥ صـ ١٩٣ - ط دار الفكر، نهاية المحتاج للرملي جـ ٣ صـ ٤٧٢ - ط مصطفى البابي الحلبي، روضة الطالبين للنووي جـ ٣ صـ ١٣٠، المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢ - ط دار الفكر، البحر الزخار للجامع لمذاهب علماء الأئمة للمرئضي جـ ٤ صـ ٣١٩، ط دار الكتاب الإسلامي القاهرة، المختصر النافع فسي فقه الإمامية للحلي صـ ١٤٤ - ط وزارة الأوقاف، شرح كتاب التل وشفاء العليل لأطفيش جـ ٨ صـ ١٧٤، ط مكتبة الإرشاد جدة.

(١) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة جـ ١٠ صـ ٥٨، ط دار الفكر، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، المذهب للشنيرازي جـ ١ صـ ٢٩٩ ط مصطفى البابي الحلبي، روضة الطالبين للنووي جـ ٣ صـ ١٣٠، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

لهذه الآية أن أبا داود روى عن يعلى بن أمية أن رسول الله ﷺ قال :
احتكار الطعام في الحرم إلهاد فيه^(١) وهو قول عمر بن الخطاب^(٢).

٢- السنة:

بما روى عن ابن عبد الله العدوي عن رسول الله ﷺ قال: " لا
يحتكر إلا خاطئ"^(٣).

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار؛ لأن الخاطئ هو
العاصي الآثم^(٤).

- وبما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون"^(٥).

(١) الحديث: أخرجه أبو داود في كتاب المناسك، قال ابن القطان حديث لا يصح، وفي الميزان
هذا الحديث واهى الاسناد .

انظر: سنن أبي داود ج ٢ ص ٢١٢، وما بعدها، ط دار إحياء السنة النبوية، فيض القدير
شرح الجامع الصغير للمناوي ج ١ ص ١٨٢ - ط دار الفكر للطبعة الثانية .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للكرام القرطبي ج ١٢ ص ٤٠ ط دار الحديث وراجع أيضا في
ذلك: تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢١٥، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي
الحلي.

(٣) الحديث رواه مسلم

انظر: صحيح مسلم وشرح النووي عليه ج ٦ ص ٤٨، دار الحديث.

(٤) المصدر السابق ج ٦ ص ٤٩، نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦١، ط دار
الحديث.

(٥) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات وفي سننه علي بن سالم وهو ضعيف .

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث كما هو ظاهر يدل - أيضاً - على تحريم الاختكار لأنه لا يلتحق اللعن إلا بمباشرة المحرم؛ ولأن اللعن لا يكون إلا لذنوب شديدة فيكون الاختكار حراماً^(١).

- وبما روى عن النبي ﷺ أنه قال: "من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه"^(٢).

وجه الدلالة:

أن مثل هذا الوعيد الشديد ببراءة ذمة الله ورسوله من المحتكر لا يلحق به إلا إذا كان الاختكار حراماً^(٣).

- وبما روى أن عمر بن الخطاب خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقى على باب مكة، فقال: "ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا فقال: "بارك الله فيه وفيمن جلبه، فقيل له: "فإنه قد احتكر، قال: من احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان، وفلان مولاك فأرسل إليهما فقال ما حملكما

- أنظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٨، التلخيص للحافظ الذهبي بنيل المستدرک على الصحيحين ج ٢ ص ١١، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(١) بدائع الصنائع للکسانی ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد وابن أبي شيبة والبخاري وأبو يعلى والحاكم، وفيه أبو بشر الأملوكي ضحفه ابن معين.

أنظر: المستدرک على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١ وما بعدها، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٤ ص ١٠٣، منشورات مؤسسة المعارف - بيروت - لبنان.

أنظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٩، فيض القدير للمناوي ج ٢ ص ٣٥.

(٣) بدائع الصنائع للکسانی ج ٥ ص ١٩٣.

على احتكار طعام المسلمين، قالوا: نشترى بأموالنا ونبيع؟ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم لم يموت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس"^(١).
وجه الدلالة:

أن مثل هذا الوعيد الدنيوي بالضرب الجذام أو الإفلاس دال على تحريم الاحتكار؛ لأن الوعيد لا يكون إلا على شيء محرم.
٣- المقول:

أن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما يباع في المصر فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقيق الظلم^(٢).
وقبل أن نختم أدلة القائلين بالتحريم لأبد من القول:

بأن ابن حجر الهيتمي قد اعتبر الاحتكار من الكبائر وقال: إن كونه كبيرة هو ظاهر الأحاديث من الوعيد الشديد كاللعنة، وبراءة ذمة الله ورسوله منه، والضرب عليه بالجذام والإفلاس وبعض هذا دليل على الكبير^(٣).

(١) الحديث: أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والحكم، في الزوائد إسناده صحيح ورجاله موثقون.

انظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٢٩، فيض القدير للمناوي ج ٦ ص ٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٩٣.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٤٥٦.

واستدل من قال بأن الاحتكار مكروه بنفس الأحاديث السابقة التي تنهى عن الاحتكار حيث حملوا النهي للوارد في هذه الأحاديث على الكراهة. بيد أنه يلاحظ أن تصريح علماء الحنفية بالكراهة مطلقا ينصوف إلى الكراهة التحريمية، وفاعل المكروه تحريما يستحق العقاب كفساد الحرام^(١).

الرأى الراجح:

نرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بتحريم الاحتكار؛ لصراحة الأدلة في ذلك؛ ولما فيه من الظلم والضرر على عامة الناس، ولو فرض أن هناك بعض الأحاديث لم تثبت في الصحيح فهناك حديث:

:" لا يحتكر إلا خاطئ وقد ورد في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطئ أى آثم يكفى في إفادة تحريم الاحتكار.

هذه هى أقوال الفقهاء فى حكم الاحتكار ومنه يتبين لنا - بحسب ما رجحناه - أن الاحتكار حرام مطلقا بدون تخصيص بمكان معين غاية ما فى الأمر أن حرمة فى الحرم أشد لتعظيم الله تعالى له؛ لأن الحرام واد غير ذى زرع فالواجب على الناس جلب الأوقات إليه للتوسعة على أهله فمن ضيق عليهم بالاحتكار فقد ظلم نفسه ظلما شديدا فاستحق الوعيد الشديد الوارد فى قوله تعالى: ﴿ ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم ﴾^(٢).

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٢٣.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

علة تحريم الاختكار:

تأكد لنا مما سبق أن الإسلام قد حرم الاختكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم، لكن ما هي العلة أو الحكمة من وراء هذا التحريم؟ يتضح لنا من مجموع النصوص السابقة ومن اجتهادات الفقهاء أن علة تحريم الاختكار تتمثل في دفع الظلم والضرر عن عامة الناس؛ لأن حبس السلع عن التداول بقصد غلاء الأسعار يؤدي إلى التضيق على عامة الناس وإلحاق الضرر بهم، ودفع الضرر من مقصود الشروع في الخلق^(١) حيث قال النبي ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"^(٢).

فحرم الشارع الاختكار دفعا لهذا الظلم والضرر العام قال النووي في شرح صحيح مسلم: " والحكمة في تحريم الاختكار دفع الضرر عن عامة الناس كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر على الناس"^(٣).

(١) المستصفي من علم الأصول للغزالي ج ١ ص ٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.
(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلًا، وأخرجه الحاكم من حديث أبي سعيد الخدري، بلفظ لا ضرر ولا ضرار من ضرار ضاراه الله ومن شاق شاق الله عليه. وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبد الله بن الصامت — رضي الله عنهم .

قال الحاكم في المستدرک : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .
أنظر : الموطأ للإمام مالك بن أنس ج ٢ ص ٧٤٥ ط دار إحياء الكتب العربية، المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري ج ٢ ص ٥٨، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤.
(٣) أنظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج ٦ ص ٤٩ ، ويراجع أيضًا مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٨، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١٢٦ الفروض التفسير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ج ٣ ص ٣٠٨، مطبعة دار الجبل — بيروت — لبنان.

المبحث الثالث

ما يحرم احتكاره من السلع

لقد جرى الخلاف بين الفقهاء هنا في عدة أمور: ما يكون فيه الاختكار من السلع، والطعام الذي يحرم احتكاره، والوقت الذي يحرم فيه الاختكار، ونتناول بيان ذلك بالتفصيل في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

ما يكون فيه الإحتكار من السلم

اختلف الفقهاء في الإحتكار المحرم هل يكون في الأقوات خاصة أم هو عام بالنسبة لجميع السلع وللفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء:-

الראى الأول: ذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، والشافعية والحنابلة، والإمامية والزيدية، والإباضية إلى أن الإحتكار لا يكون إلا في الأقوات فقط^(١).

الراى الثانى :

ذهب المالكية، وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الإحتكار يكون في كل ما يضر الناس حبيسه سواء كان قوتا أو لا^(٢).

الراى الثالث:

ذهب محمد بن الحسن فى قوله الثانى إلى أن الإحتكار يكون فى القوت والثياب^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٧ وما بعدها، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٣٧٠، طدار الكتب الطمية بيروت لبنان، المذهب للشيرازى ج ١ ص ٢٢٩، نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤٧٢، وما بعدها، المنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١١، كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ١٨٧، المختصر للنافع ص ١٤٤، البحر للزحلى ج ٤ ص ٣١٩، شرح كتاب النيل وشفاء الطيل ج ٨ ص ١٧٥-١٧٧.

(٢) المنتقى للباجى ج ٥ ص ١٦، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٧، حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨، بذائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨.

الأدلة

استدل جمهور الفقهاء على أن الاحتكار يكون في الأوقات فقط
بالسنة والمعقول:
السنة:

بما رواه ابن ماجه بسنده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله
بالجذام والإفلاس"^(١).

ومنها — أيضا — ما رواه الإمام أحمد وابن أبي شيبه والبزار
وأبو يعلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ
من الله وبرئ الله منه"

وزاد الحاكم: "ولما أهل عرصة"^(٢) أصبح فيهم امرؤ جائها فقد
برئت منهم نمة الله"^(٣).

ومن السنة: — أيضا — ما روى عن أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
أن يحتكر الطعام"^(٤).

(١) قد سبق تخريجه.

(٢) العرصة: ساحة الدار، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، قال أبو منصور النعماني:
كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة.
انظر: المصباح المنير ص ٤٠٢.

(٣) المستدرك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١ وما بعدها.

(٤) الحديث أخرجه الحاكم والبيهقي.

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم ج ٢ ص ١١، المنن الكبرى للبيهقي ج ٦
ص ٣٠ دار المعرفة بيروت — لبنان.

وجه الدلالة :

أن هذه الأحاديث قد قيدت الاطلاق الوارد في الحديث الذى رواه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال: " لا يحتكر إلا خاطئ"^(١)، وكذا قوله ﷺ: " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"^(٢) والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر فى الأصول^(٣).

وقد ناقش الشوكاتى ما استدل به الجمهور :

بأن التصريح بلفظ الطعام فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب^(٤)، وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول^(٥).

المعقول:

أن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت فلا يتحقق الاحتكار إلا به^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) قد مر تخريجه.

(٣) تكملة المجموع ج ١٢ ص ١٢٤.

(٤) مفهوم اللقب : هو أن يذكر الحكم مختص بجنس أو نوع، فيكون الحكم ثابتاً فى موضع النص منفياً فيما عداه.

انظر : أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٢٠.

(٥) نيل الأوطار للشوكاتى ج ٥ ص ٢٦٢.

(٦) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣، المهذب ج ١ ص ٢٢٩.

واستدل المالكية وأبو يوسف من الحنفية على أن الاختكار يكون فى كل ما تدعو إليه حاجة الناس ويتضررون من حبسه بعموم الأحاديث التى تنهى عن الاختكار؛ ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام^(١).

وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن فى قوله الثانى بأن الاختكار يكون فى القوت والثياب فقد استدل على ذلك: بأن كلا منهما من الحاجات الضرورية^(٢).

الرأى للراجح:

يبدو لى من خلال ما سبق أن للرأى الراجح هو ما ذهب إليه المالكية وأبو يوسف من الحنفية من القول: بأن الاختكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه وذلك استنادا إلى الأحاديث العامة التى لم تفرق فى تحريم الاختكار بين الطعام وبين غيره من السلع، وللتصريح بلفظ الطعام فى أحاديث أخرى لا يمنع ذلك العموم؛ لأن ذلك من التتصيص على بعض أفراد العام؛ ولأن الضرر الذى يصيب الناس من جراء الاختكار لا يقف عند حد الأقوات أو الغذاء فقط فقد نكون بصدد اختكار سلعة ضرورية أخرى كالنواء واللباس وغير ذلك مما يترتب على احتكاره من أضرار.

قال الشوكانى بعد أن أورد جملة من الأحاديث التى تنهى عن الاختكار: " وهذا يدل على تحريم الاختكار لكل ما تدعو إليه حاجة

(١) المنقلى للباي ج ٥ ص ١٦، البناية فى شرح الهداية للعنى ج ٩ ص ٢٤٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢ ص ٩٢ نقلا عن الجامع المستنير.

الناس، ويؤيد هذا الحديث : " من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلبه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعظم من النار يوم القيامة" (١). فإنه نعم كل ما له سعر وأيضا إذا كانت العلة الإضرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون بإحتكاره وتدعو حاجتهم إليه، وإن كان التضرر بإحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه (٢).

(١) الحديث أخرجه أحمد عن معقل بن يسار ورجاله رجال الصحيح ورواه الطبراني في الكبير والأوسط إلا أنه قال: " كان حقا على الله أن يقفه في معظم من النار " ورواه الحاكم بلفظ : من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلب عليهم كان حقا على الله أن يقفه في معظم جهنم، رأسه أسفله.

تنظر: مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٠٤، المستدرک علی الصحیحین للحکم ج ٢ ص ١٢ وما بعدها.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاتي ج ٣ ص ٨٥ مطبعة وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية .

المطلب الثاني

الطعام الذي يحرم اختكاره

مما سبق يتضح لى أن الاختكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبيسه فيشمل الطعام، والسدواء، والمسكن، والملبس، وغير ذلك مما يحتاجه الناس. والآن نبحت أنواع الطعام الذى يحرم اختكاره. والطعام لغة:

اسم جامع لكل ما يؤكل يقال: طعم يطعم طعاما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق، قال تعالى: ﴿ فإذا طعمتم فانتشروا ﴾ ^(١) وقال أيضا: ﴿ إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فبته منى ﴾ ^(٢) أى من لم يذقه، والجمع أطعمة.

وأهل الحجاز إذا أطلقوا لفظ طعام عنوا به البر خاصة ^(٣). هذا وقد اختلف الفقهاء فى أجناس الطعام الذى يحرم اختكاره على النحو التالى :-

فيرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أن الطعام الذى لا يجوز اختكاره هو ما كان قوتا لآدمى أو للبهائم كالحنطة، والشعير، والتمر والقت؛ لأن هذه الأشياء هى التى يقع فيها الضرر غالبا ^(٤).

(١) سورة الأحزاب من الآية: ٥٣.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٤٩.

(٣) لسان العرب لابن منظور ج ٤ ص ٢٦٧٣، مختار الصحاح للرازى ص ١٦٥.

(٤) البنباية شرح الهداية ج ٩ ص ٣٤٤، مجمع الأثر فى شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٥٤٧.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الاحتكار المحرم لا يعم جميع الأطعمة فما كان قوتاً لأنمي كالذرة والأرز، والتمر، والزبيب لنصرف النهى إليه، وما ليس بقوت كالإدام، والحبوى، والعسل، والزيت، وأغلاف البهائم فليس فيهما احتكار محرم؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات^(١).

وقد توسع فقهاء المالكية وأبو يوسف من الحنفية في تحديد الجنس الذي يحرم احتكاره من الطعام، وقالوا: إن الحكرة تكون في كل شئ من طعام وإدام وغير ذلك؛ لأن حقيقة الضرر موجودة في كل شئ، ولعموم النهى أيضاً^(٢).

وهذا للرأى هو الراجح؛ لأن الحنطة والشعير والتمر ليس هو كل ما يحتاجه الناس من الطعام؛ ولأن هذه الأنواع لا تعد غذاء كاملاً وصحيحاً للإنسان فلا يجوز قصر الاحتكار المحرم عليها، ومن هنا أرجح رأى المالكية وقول الإمام أبى يوسف من أن الاحتكار يكون في كل شئ من طعام وإدام.

والله أعلم بالصواب

(١) معنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٨، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٧٢، وما بعدها المعنى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٥١١، كشف القناع جـ ٣ ص ١٨٧.

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٧، البناية في شرح الهداية جـ ٩ ص ٣٤٤.

المطلب الثالث

الوقت الذي يحرم فيه الاختكار

ثبت مما تقدم أن الاختكار المحرم لا يقتصر على الحنطة،
والشعير، والتمر، بل يشمل كل أنواع الطعام، فهل اختكار هذه الأنواع
ممنوع مطلقاً في جميع الأوقات؟ أم أنه ممنوع في وقت الضرورة
والضيق فقط؟

اتفق الفقهاء على أن اختكار الطعام وغيره من السلع لا يجوز
حال الضرورة والضيق^(١).

وأما في حال الرخاء والسعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على
رأيتين:

الرأى الأول:

ذهب الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجنون إلى أن اختكار الطعام يمنع في كل وقت وذلك أخذاً
بعموم النهي^(٢).

(١) الهداية مع تكملة الفتح ج ١٠ ص ٥٨، المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٦، تكملة
المجموع شرح المذهب للطبعي ج ١٢ ص ١٢٥، وما بعدها، احياء علوم الدين للغزالي
ج ٢ ص ٧٢، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٥١١، المعلى بالآثار لابن
حزم ج ٧ ص ٥٧٢.

(٢) المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٦.

الرأى الثانى :

ذهب عامة الفقهاء ومنهم الإمام مالك فيما رواه عنه ابن القاسم إلى أن وقت الرخاء والسعة لا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشياء؛ لعدم الضرر فى ذلك، بل أن ابن حزم قد اعتبر ذلك من قبيل البر والإحسان؛ لأن الجلابين إذا باعوا بضاعتهم أكثروا من جلب السلع، وإذا كسدت تجارتهم ولم يجدوا لها بيعا تركوا استيراد وجلب البضائع فيضر بذلك للمسلمين ^(١).

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن حبس السلع فى وقت الرخاء والسعة لا يترتب عليه ضرر بالمستهلكين، وإذا لم يترتب عليه ضرر فليس لممنعه معنى .

والله أعلم بالصواب

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع المشار إليها .

المطلب الرابع

شروط الاختكار المحرم

تبين لى مما تقدم أن الاختكار محرم بأدلة صريحة حاسمة، وأنه يشمل القوت وغيره مما يحتاجه الناس من الدواء، والثياب، والوقود، ومواد البناء، وغير ذلك.

وتبين — أيضا — أن الاختكار لا يكون له معنى إلا إذا كان فى وقت الضرورة والضيق دون وقت الرخاء والسعة.

بيد أنه لا بد هنا من الوقوف على شروط الاختكار المحرم، والصور التى تدخل فى نطاقه، والتى لا تدخل بسبب اختلال أحد الشروط التى نص عليها الفقهاء، وهو الأمر الذى يحتاج إلى بحث هذه الشروط لبيان ما يعد احتكارا من هذه الصور وما لا يعد، وهذه الشروط هى:

الشرط الأول:

أن يملك المحتكر السلعة بطريق الشراء من نفس الإقليم الذى ظهرت فيه الضائقة.

وبناء على ذلك لو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا فادخره لسم يكن محتكرا وهذا هو رأى جمهور الفقهاء^(١).

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢، وما بعدها، تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٧٠، المنقلى للباي ج ٥ ص ١٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٥٨، ط عالم الفكر، المذهب ج ١ ص ٢٢٩، روضة الطالبين ج ٣ ص ١٢٠، المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١٠، وما بعدها، كشف القناع ج ٣ ص ١٨٧.

وروى عن أبي يوسف أن من حبس غلة أرضه، أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكراً^(١).

الأمثلة

استدل الجمهور على أن حبس ما جلبه، أو ما زرعه ليس باحتكار بالسنة والمعقول.
السنة:

بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: "الجالب مرزوق".
وجه الدلالة:

أن هذا للشخص جالب، والجالب لا يعد محتكراً، بل أنه مرزوق كما بشره النبي ﷺ^(٢).
المعقول:

أ- أن حرمة الاختكار بحبس المشتري في المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالماً بمنع حقهم ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم.

ب- أن ما جلبه أو ما زرعه يعد خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكاراً^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢.

(٢) المرجع السابق ج ٥ ص ١٩٢.

(٣) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٢٧٠، تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ٥٨.

ج- أن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينتفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه^(١). واستدل أبو يوسف على أن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكرا بقوله ﷺ " للجالب مرزوق والمحتكر ملعون " حيث ورد لفظ اللعن مطلقا فيشمل أيضا من زرع، أو جلب وحبس السلعة عن الأسواق^(٢).

واستدل أيضا من جهة المعقول : بأن كراهة الاحتكار بالشراء والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعمامة وقد وجد هنا فيكون هذا الحبس احتكارا^(٣).
الرأى الراجح:

نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول: بأن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر لا يعتبر محتكرا بشرط أن لا يضيق على أحد؛ لأن هذا الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر لو اعتبر احتكارا ما أقدم أحد على ذلك وعندئذ ستزداد المشكلة تعقيدا؛ ولأن من حبس غلة أرضه فهو خالص حقه لا يتعلق به حق أحد فلا يكون محتكرا، لكن من الأفضل أن لا يفعل ذلك ويبيع كما ذكر الكاساني في البدائع لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين ولا

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥١٠، وما بعدها.

(٢) تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ٥٨، البناية شرح الهداية ج ٩ ص ٣٤٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٢.

سيما في أوقات الضرورة والشدة^(١)، ومن ثم فإن ترك هذا الحبس أو الادخار أفضل وأولى .

هل يجبر الحالب ومن حبس غلة أرضه على البيع؟

من حبس غلة أرضه أو ما جليبه من بلد آخر يجبر على البيع إن اضطر الناس إلى ذلك، جاء في تكملة ابن عابدين بخصوص هذه المسألة: " وهل يجبر على بيعه؟ الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه "^(٢). وجاء في حاشية الرهوني نقلا عن ابن رشد: " وإذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته "^(٣).

ولم أقف على نص لفقهاء الشافعية والحنابلة بخصوص هذه المسألة إلا أن ما صرحوا به من أن المحتكر يجبر على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر^(٤)، فالظاهر أنهم يرون جبر المستورد ومن حبس غله أرضه على البيع إن اضطر إلى الناس إلى ذلك دفعا للضرر.

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٧١٩.

(٣) حاشية الرهوني ج ٥ ص ١١ وما بعدها، وراجع أيضا الفناج والإكيل للمواق ج ٤ ص ٣٨٠.

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٧٢، كشف القناع ج ٢ ص ١٨٨، المبدع ج ٤ ص ٤٨.

الشرط الثاني :

أن يكون المحتكر متربصاً به الغلاء، أى يريد به ارتفاع الأسعار^(١) ويدل على ذلك ما روى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطئ " وزاد الحاكم: وقد برئت منه نمة الله"^(٢).

وقوله ﷺ: " من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعظم من النار"^(٣).

وبناء على ذلك: فإن للتاجر الذى لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصد التحكم فى السعر فلا يعتبر محتكراً، وكذلك الحال لو قصد بالتخزين توفير السلعة فى وقت عدم إنتاجها كما هو الحال فى كثير من السلع الزراعية لا يعد ذلك احتكاراً بشرط طرح السلعة فى الأسواق عندما يحتاجها الناس.

ولو انفردت الدولة بإنتاج وتوزيع سلعة معينة بقصد الحماية من جشع الأفراد أو لتحقيق العدالة الاجتماعية، فلا تدخل هذا للصورة فى

(١) حاشية سعد جالبى بهامش فتح القدير جـ ١٠ ص ٥٨، المنقح جـ ٥ ص ١٥، تكملة المجموع جـ ١٢ ص ١٢٥، كشف القناع جـ ٣ ص ١٨٧، أروض النضير جـ ٣ ص ٥٨٧، شرح كتاب النيل جـ ٨ ص ١٧٧.

(٢) الحديث رواه أحمد والحاكم، قال الذهبى فى التلخيص: فيه إسحاق الصيلى كان يسرق الحديث، وقال فى المذهب: حديث منكر.

انظر: المستدرک على الصحيحين للحاكم جـ ٢ ص ١٢، فيض القدير للمناوى جـ ٦ ص ٣٥.

(٣) قد سبق تخريج هذا الحديث.

الاحتكار الآثم، ومن ثم فإن الاحتكار لا يعد آثماً إلا إذا كان بقصد اغلاء السعر^(١).

الشرط الثالث:

أن يكون الشيء المحتكر مما يحتاج إليه الناس؛ لأن إضار ما لا حاجة للناس إليه لا يضر بهم، إلا إذا كان فعله لذلك يفضي إلى الغلاء فإنه يتناوله قوله ﷺ: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم" ولذلك وجدنا بعض الأحاديث الواردة في باب الاحتكار تركز على الطعام وهو كما نعلم سلعة ضرورية لا يستغنى عنها أحد^(٢).

الشرط الرابع:

أن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن كفايته وكفاية من يعولهم لمدة سنة كاملة ويدل على ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يبيع نخل بني النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم^(٣).

وبناء على ذلك: لو قصد الشخص بالتخزين تأمين حاجات نفسه وعياله ولم يقصد الربح فإنه لا يعد محتكراً.

(١) مبادئ الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي د./ ربيع محمود الروبي ص ٣٤٦، وما بعدها - مكتب إتش للآلات الكاتبة وطباعة الأوفست القاهرة ١٩٨٣ م. - ١٤٠٣ هـ.

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٩، السيل الجرار ج ٣ ص ٨٥، الروض النضير ج ٣ ص ٣٠٨.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه

انظر: صحيح البخاري مع الفتح ج ١٥ ص ١٥٥.

الشرط الخامس:

أن يكون الشراء في وقت الغلاء للتجارة وبحبسه ليغلو ثمنه، وأما إذا اشترى في وقت الرخص وانخره فليس باحتكار ولا تحريم فيه، وهذا الشرط قد نص عليه فقهاء الشافعية^(١).

الشرط السادس:

أن يكون الحبس لمدة معينة، ولم ينص على ذلك مسوى فقهاء الحنفية والإمامية، والإباضية، وقد اختلفوا في تحديد هذه المدة، فقد جاء في الهداية للمرغيناني: "ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقيق الضرر، ثم قيل: هي مقطرة بأربعين يوماً لقول النبي ﷺ: "من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرى الله منه" وقيل: بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير أجل.. ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العسرة ويبين أن يتربص اللحظ والعياذ بالله، وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا، وأما الإثم — أي الأخرى فيتحقق — وإن قلت المدة"^(٢).

(١) المذهب للشيرازي ج ١ ص ٢٩٩، روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣٠، تكملة للمجموع للطهطا ج ٢ ص ١٢٦.

(٢) الهداية مع لبناية ج ٩ ص ٣٤٥، وما بعدها، وراجع أيضاً في ذلك تكملة ابن عابدين ج ٦ ص ٧١٨.

وجاء في المختصر النافع في فقه الإمامية : " وقيل : أن تستبقي
في الرخص أربعين يوما، وفي الغلاء ثلاثة^(١) .

وجاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل : " فلو اشتراه لينتظر به
الغلاء يوما أو نصف يوم أو ثلثه أو ساعة أو أقل أو أكثر لكان محتكوا
ولا حد لذلك، وقيل : يحد بثلاثة أيام فيجوز إخراجه ليوميْن أو يوم،
وقيل: يحد بأربعين يوما فيجوز إخراجه لما دونها، لقوله ﷺ : " من
احتكر على المسلمين طعامهم أربعين ليلة.. .. " ^(٢).

ونرى أن الرأي الراجح هو ما ذكره الكاساني في البدائع : " أن قليل
مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة؛ لتحقق الظلم^(٣)؛ ولأن
التحديد بالأربعين كما جاء في الحديث قد جرى مجرى الغالب من أن
الغلاء يظهر لأربعين يوما فأكثر، أو أن المقصود من الحديث التغليب
على من حبس الطعام أربعين يوما، وليس المقصود تحديد مدة
الاختكار، إذ أن الضرر يتحقق بمجرد حبس السلع عن البيع.

احتكار الصنف والعمل:

إن الاختكار ليس قاصرا على الصور التي ذكرناها — أنفا — من
خلال بحث الشروط التي يتحقق بها الاختكار، بل يشمل — أيضا — كل
ما يكون في معناه مثل اختكار الصنف والعمل.

(١) المختصر النافع ص ١٤٤.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٨ ص ١٧٧، وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٩٣.

احتكار الصنف:

وقد بين صفة ذلك ابن القيم فقال: "أن يلزم أن لا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب، فهذا من البغى في الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وأن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء^(١)."

احتكار العمل:

وقد صور ابن القيم ذلك بقوله: "منع غير واحد من العلماء - كابى حنيفة وأصحابه - القسامين الذى يقسمون العقار وغيره بالأجرة: أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة."

وكذلك ينبغى لوالى الحسبة، أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين لهم من الاشتراك؛ لما فى ذلك من اغلاء الأجرة عليهم، وكذلك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم^(٢).

ويتضح مما تقدم ما يلى :

- ١- أن من منع غيره أن يبيع ذلك للصنف أو النوع أو يشتريه فلا تباع السلع إلا لأشخاص معينين ثم يبيعواهم بما شاءوا، أو يشتروا

(١) الطرق الحكمية فى السوسة الشرعية لابن القيم ص ٢٤٥ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(٢) المرجع السابق ص ٢٤٦.

بما شاعوا كان ذلك المنع ظلما للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلما للمشتريين منهم أيضا، وهذا المنع يعد في معنى الاختكار، ولذلك يجب على الحاكم أن يسعر على هؤلاء الأشخاص ولن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، وفي تقديرى الشخصى إذا لم تفلح عقوبة التسعير فى ردع هؤلاء الأشخاص فيجب على الشرطة الموكلة بالتموين أن تمنع هؤلاء الأشخاص من دخول الأسواق؛ لأن إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١). ولا ريب أن هذا من البغى فى الأرض والظلم والعدوان .

٢- أن أرباب الصناعات المختلفة من الفلاحين ، والنساجين والخياطين، والمهندسين، والأطباء وغيرهم إذا أغلوا الأجرة عن طريق الاشتراك أو الاتفاق، أو التواطؤ مع بعضهم، فإن ذلك يعد من قبيل الاختكار المحرم؛ لما فى ذلك من إلحاق الضرر بالناس؛ ولذلك يجوز لولى الأمر فى هذه الحالة أن يقدر لهم أجرة المثل.

(١) سورة المائدة من الآية: ٢.

المبحث الخامس

حكم ادخار الأقوات الضرورية

قبل أن نبين حكم ادخار الأقوات الضرورية، ينبغي علينا أن نعرف الادخار؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، ولا يكون الحكم صحيحا إلا إذا كان التصور صحيحا أيضا، إذ لا تصديق بلا تصور.

تعريف الادخار في اللغة:

أصل كلمة ادخار في اللغة: انتخار، وهو افتعال من النخر، فأدغمت الذال التاء دالا مشددة تسهلا على النطق فصارت الكلمة ادخار، ومعنى ادخر الشيء: جمعه وحفظه لوقت الحاجة إليه^(١). ويراد به عند الفقهاء:

الحبس للقوت وغيره مما يحتاج إليه الناس.

وهو بهذا المعنى يرادف المعنى اللغوي .

حكم ادخار القوت وغيره مما يحتاج إليه الناس:

اتفق الفقهاء على جواز الادخار في الجملة بشرط أن لا ينوي به التجارة، قال ابن رسلان في شرح السنن: "ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من مومن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به"^(٢).

(١) لسان العرب لابن منظور ج ٣ ص ١٤٩٠.

(٢) تكملة المجموع للمطيمي ج ١٢ - ١٢٤، نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٢.

ويدل على جواز الادخار ما ثبت أن النبي ﷺ كما يبيع نخل بنى
النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم^(١).
وهل يجوز الادخار فيما زاد على السنة :
اختلف الفقهاء فى ذلك:

فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو الأوجه
عند الشافعية أنه يجوز الادخار مطلقا بدون تقييد بمدة معينة^(٢).
واستدلوا على ذلك بأن النبي ﷺ قد حبس قوت أهله سنة ولم يمنع
من أكثر فصيح أن إمساك ما لا بد منه مباح والشرء مباح أيضا^(٣).
ويرى الشافعية فى وجه آخر: أنه يكره ادخار ما فضل عن كفايته
لمدة سنة وذلك اتباعا للخبر الوارد فى ذلك^(٤).

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى ذلك هو الرأى الراجح؛ لأن
التقييد بالسنة كما ذكر ابن حجر العسقلانى فى الفتح إنما جاء لضرورة
الواقع؛ لأن الذى كان يدخر لم يكن يحصل إلا من السنة إلى السنة؛ لأنه
كان إما تمرا، وإما شعيرا، فلو قدر أن شيئا مما يدخر كان لا يحصل
إلا من سنتين إلى سنتين لاقتضى الحال جواز الادخار لأجل ذلك^(٥).

(١) الحديث قد مر تخرجه ص ٢٢٣.

(٢) مواهب الجليل للطلاب ج ٢ ص ٢٢٧، كشف القناع للبهوتى ج ٣ ص ١٨٨،
المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٧٣، نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤٧٢.

(٣) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٧٣.

(٤) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٧٢، حاشية الشيخ سليمان - الجمل على شرح المنهج ج ٣
ص ٩٣.

(٥) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٥ ص ١٥٦.

حكم ادخار القوت لمن يشتريه من السوق:

اختلف الفقهاء فى جواز ادخار القوت لمن يشتريه من السوق ونترك الخطاب فى مواهب الجليل يتحدث عن هذا الخلاف فيقول: "وأما إذا اشترى من السوق فأجازه قوم، ومنعه آخرون إذا أضر بالناس. ونقله النووي عن القاضى عياض فى الاثتراء من السوق وأنه إن كان فى وقت ضيق الطعام فلا يجوز بل يشتري مالا يضيق على المسلمين كقوت أيام أو أشهر، وإن كان فى وقت سعة اشترى قوت سنة كذا نقل القاضى هذا التفصيل عن أكثر العلماء، وعن قوم إباحته مطلقاً"^(١).

ويتضمم مما تقدم:

أن الخلاف المذكور بين العلماء إذا كان الشراء فى حال الرخاء والسعة، وأما إذا كان الشراء فى حال الضيق فلا يجوز الادخار أصلاً إرفاقاً بالناس وحتى لا يؤثر ذلك على الأسعار.

حكم جبر المدخر على بذل ما ادخره فى وقت الضرورة والشدة:

اتفق الفقهاء على أن من ادخر شيئاً من الأقوات الضرورية لنفسه أو لعياله ولم يكن محتاجاً إليه حالاً واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته؛ لأنه يتعلق به إحياء نفس معصوم فلزمه بذله إليه^(٢).

(١) مواهب الجليل للخطاب ج ٤ ص ٢٢٨.

(٢) الاختيار لتبليط المختار ج ٤ ص ١٧١ ط حاشية للمسوق ج ٢ ص ١١٢، ط دار

إحياء الكتب العربية أسنى المطالب شرح روضة الطالب ج ١ ص ٥٧٢، كشف القناع

ج ٦ ص ١٩٨، الطرق الحكيمة ص ٢٦٢.

وأما إذا كان محتاجا إلى الشيء المختر حالا كما إذا اشتدت
للمخمصة في سنة المجاعة وأصابته الضرورة خلقا كبيرا، وكان
عند بعض الناس قدر كفايته وكافية عياله لم يلزم بذلك
للمضطرين؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر^(١).

امغار الدولة للأقوات والسلع الضرورية :

يجب على الدولة أن تدخر من الأقوات والسلع الضرورية
لما يلحق بالمسلمين من حوادث وأزمات؛ لأن ذلك مما تقتضيه
المصلحة، ففي ذلك إبقاء لحياة المسلمين .

ويمكن أن نستدل لذلك بما جاء في سورة يوسف مع ملك
مصر قال الله تعالى : ﴿ يوسف أيها الصديق افتتا في سبع
بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف وم سبع سنبلات خضر وأخر
يايسات لعلى أرجع إلى الناس لعنهم يلعنون * قال تذرعون
سبع سنين دأبا فما حصنتم فنروه في سنبله إلا قليلا مما
تأكلون * ثم يأتي من بعد ذلك سبع شدة يأكلن ما قدمت لهن
إلا قليلا مما تحصنن * ﴾^(٢).

(١) كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ٢٠٠، ونظر أيضا المراجع السابقة في نفس المواضيع
المشار إليها.

(٢) سورة يوسف الآيات : ٤٦ - ٤٨.

فقد قص الله ﷻ علينا ذلك من غير تكبير، وما قصه الله ﷻ عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شرعا لنا ما دام لم يظهر في شرعنا ما ينسخه أو يخالفه.

قال القرطبي بعد أن ذكر معاني هذه الآيات : " هذا يدل على جواز احتكار - أى إبخار - الطعام إلى وقت الحاجة^(١) .

(١) تفسير القرطبي ج ٩ ص ٢١٠ .

الفصل الثاني

الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار

مَهَيِّدٌ

من المعلوم أن موارد الأحكام قسمان: مقاصد وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد، ووسائل وهي الطرق الشرعية المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم^(١).

ولا ريب أن منع الاختكار يحقق مصلحة عامة للمسلمين ويدفع عنهم مفسدة.

وإذا نظرنا في الأحكام المتعلقة بالاختكار نجد أن الإسلام يحرم الاختكار ويتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، ويخص بشدة على جلب السلع والبضائع، وهذه ليست هي الوسيلة الوحيدة لمنع الاختكار بل هناك وسائل أخرى منها التسعير، وبيع مال المحتكر جبراً، والتعازير المختلفة التي يتخذها الحاكم بقصد الردع والزجر.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نقسم الوسائل التي يعالج بها الإسلام

ظاهرة الاختكار في المباحث التالية:-

المبحث الأول: للترهيب والترغيب.

المبحث الثاني: التسعير.

المبحث الثالث: بيع مال المحتكر جبراً.

المبحث الرابع: توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة - ٢٢٨.

المبحث الأول

التروhib والتروhib

التروhib :

حرم الإسلام الاختكار بنصوص قاطعة وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة لينبه بهذا الوعيد القلوب الغافلة ويحرك النفوس المؤمنة إلى المنافسة الشريفة في التجارة وجلب السلع التي يحتاجها الناس.

العذاب النبوي :

فقد روى عن عمر بن الخطاب ؓ عن النبي ﷺ أنه قال: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس".
ففي هذا الحديث وعيد شديد للمحتكرين في الدنيا بالضرب بالجذام والإفلاس نتيجة لأكلهم أموال الناس بغير حق وطعمهم في الغنى على حساب من يستحق العون والمساعدة.

العذاب الأخرى :

لم يقف الإسلام عند حد الوعيد بالعذاب النبوي لمن يحتكر أقوات الناس وحاجتهم الضرورية بل هدد الإسلام أيضاً بالعذاب الأخرى وفي ذلك يقول النبي ﷺ: "من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة".
وفي حديث ثان عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : "من احتكر الطعام أربعين يوماً فقد برئ من الله وبرئ الله منه".

فهذا إعلان للمحتكرين ببراءة الله وبراءة الله منهم، وهذه البراءة لم يعلنها الله ﷻ إلا للمشركين^(١) قال تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ﴾^(٢).

الترغيب بجلب السلم والبضائع:

لم يقف الإسلام في معالجته للاحتكار عند التحذير والوعيد الشديد بل رغب بشدة في جلب للسلع والبضائع، واقترن هذا الترغيب بالمثوبة في الدنيا والآخرة فقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: "من جلب طعاما فباعه بسعر يومه فكأنما تصدق به" وفي لفظ آخر "فكأنما أعتق رقبة"^(٣)؛ وروى عن النبي ﷺ أنه قال: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون".

والجالب هو الذى يشتري الطعام ويبيعه للناس فهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به فينال به بركة دعاء المسلمين، والمحتكر هو الذى يشتري للمنع فيضر بالناس^(٤).

وفى تصورى وتقديرى الشخصى أن الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر يعتبر من أحسن الوسائل لعلاج ظاهرة الاحتكار؛ لأن فى

(١) من توجيهات الإسلام للشيخ شلتوت ص ١٨١.

(٢) سورة التوبة من الآية: ٣ .

(٣) الحديث أخرجه ابن مردويه فى التفسير من حديث ابن مسعود بسند ضعيف انظر : المغنى عن حمل الأسفار فى الأسفار فى تخريج ما فى الأحياء من الأخبار للحافظ العراقي بنيل أحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٧٣ .

(٤) البنالية فى شرح الهدية للعنى ج ٩ ص ٣٤٢.

الجلب زيادة المبلغ المعروضة، وإذا زاد العرض نقص السعر وتختفى الأزمة نتيجة لذلك ولا يكون للاحتكار معنى.

وبناء على ذلك يمكننا أن نقرر: أنه يجب على الدولة فى الضائقات أن تفتح باب الاستيراد؛ لأن الاحتكار ذريعة إلى التضيق على الناس وكما أن الاحتكار حرام لذلك، فالجلب أو الاستيراد واجب فى وقت الضيق والشدة؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة، ولذا قال النبى ﷺ " الجالب مرزوق ".

وهكذا نجد أن الإسلام يحارب الاحتكار بتحريمه والتحذير الشديد منه ويحث بشدة على جلب البضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق.

المبحث الثاني

التسعير

تمهيد:

ثبت لنا مما سبق أن الإسلام حرم الاختكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، وحض بشدة على جلب السلع والبضائع، إلا أن ذلك قد لا يكفي لعلاج هذه الظاهرة السيئة؛ لأن النفس أماراة بالسوء، وعليه تقتزن هذه الوسيلة بوسائل أخرى تساهم في علاج هذه المشكلة، ومن ذلك ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعدياً فاحشاً.

ولكى يتضح هذا الأمر جلياً نبين معنى التسعير، وأنواعه، وحكم كل نوع وصفته، وما يتعلق به من المبيعات، وحكم البيع مع مخالفته، وما نحن نتحدث عن كل ذلك على هذا الترتيب.

تعريف التسعير:

للتسعير لغة: تقدير السعر، يقال: سعر الشيء إذا قدر سعره^(١). وقد عرفه الشوكاني: بأن يأمر الحاكم أو نائبه أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة^(٢).

أنواع التسعير:

للتسعير على نوعين:

(١) مختار الصحاح للرازي ص ١٢٦، لسان العرب لابن منظور ج ٣ ص ٢٠١٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٠.

أحدهما:

أن يكون للناس سعر غالب وأراد بعضهم أن يبيع بأنقص منه.

وثانيهما:

أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعر معين لا يجوز الزيادة عليه^(١).
ونبين فيما يلي حكم هذين النوعين :

النوع الأول

البيع بأنقص من السعر الغالب

إذا كان للناس سعر غالب وأراد بعض التجار أن يبيع بأنقص منه
فهل يمنع من النقصان أم لا ؟
يرى الإمام مالك أنه يمنع من ذلك.

واحتج بما رواه في الموطأ عن سعيد بن المسيب: "أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زببياً له بالسوق فقال له عمر: إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا"^(٢).
ومعنى ذلك: أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بهذا السعر أو يقوم من السوق^(٣).

وقد عارض الإمام مالك في ذلك الشافعي وابن حزم فقالا: يجوز لمن أتى السوق أن يبيع بأقل أو أكثر.

(١) المنقلى للبلجى جـ ٥ ص ١٧ وما بعدها.

(٢) الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ ص ٦٥١.

(٣) المنقلى للبلجى جـ ٥ ص ١٧.

وأما الشافعي فقد احتج بما رواه بإسناده عن عمر: "أنه مر بحاطب ابن أبي بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فصأله عن سعرهما فسر له مدين بدرهم فقال عمر: لقد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعره فيما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع"، قال الشافعي: وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما روى مالك، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه من روى عنه وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول؛ لأن الناس مسيطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منه بغير طيب أنفسهم إلا في الموضع التي تلزمهم وهذا ليس منها^(١).

وأما ابن حزم فقد رد على استدلال المالكية بحديث عمر بأنه لا حجة لهم فيه لوجوه:

- ١- أنه لا حجة في قول أحد دون قول النبي ﷺ .
- ٢- أن هذا الحديث لم يصح عن عمر؛ لأن سعيد بن المسيب لم يسمع عنه .

(١) الحاشي الكبير للمواردي ج ٥ ص ٤٠٧، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١١٤.

٣- أنه لو صح لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، وتأولوه بما لا يجوز وإنما أراد عمر بقوله: إما أن تزيد في السعر، أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن.

وقد جاء عن عمر مبينا في الخبر الذي روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال: وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة يبيع الزبيب بالمدينة فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مدين، فقال عمر: تتباعون بأبولينا وأفنييتا، وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعاً، وإلا فلا تبع في أسواقنا وإلا فسيروا في الأرض ثم اجلبوا ثم يبعوا كيف شئتم.

فهذا خبر عمر مع حاطب في الزبيب كما يجب أن يظن بعمر، فإن قالوا: في هذا ضرر على أهل السوق؟

قلنا: هذا باطل، بل في قولكم أنتم للضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق؛ لأنهم إن شاعوا أن يرخصوا كما فعل هذا فليفعلوا وإلا فهم أملك بأموالهم كما هذا أملك بماله، والحجة القاطعة في هذا قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (١). وقوله تعالى: ﴿ولحل الله البيع﴾ (٢).

(١) سورة النساء من الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥، وانظر: المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٥٣٧، وما بعدها.

والرأى الراجح هو ذلك:

أن هذا يرجع تقديره لولى الأمر فإن رأى أن انقاص السعر بهذه الطريقة يفسد على أهل السوق بيعهم، ويؤدى إلى الشغب والمنازعة، وإلى احتكار قلة من التجار للسوق ليرفعوا السعر بعد ذلك فإنه يمنع منه ويأمر بالبيع بالسعر العادل الذى يحقق به مصلحة أهل السوق والناس جميعاً، وإن رأى أن انقاص السعر لا يؤدى إلى ذلك فإنه يترك الناس أحراراً فى بيعهم وشرائهم سواء باعوا بأقل أو أكثر.

النوع الثانى

تسعير السلعة بمبلغ معين لا يجوز الزيادة عليه

إذا حدد الحاكم للتجار سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء:

الرأى الأول: وهو لجمهور الفقهاء فقد قالوا: بأن التسعير محرم.

الرأى الثانى: ذهب بعض الفقهاء إلى أن التسعير جائز.

الرأى الثالث: يرى الحنفية أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة فإنه يجوز

الرأى الأول:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الشافعية فى الصحيح، والحنابلة، والظاهرية، والإمام مالك فى رواية عنه، وبعض الزيدية، والإمامية فى

الأصح إلى أن التسعير محرم، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد^(١).

واستدل الجمهور على تحريم التسعير بالكتاب والسنة والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۝ ﴾
وجه الدلالة :

أن الله ﷻ نهى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل وأباح لهم الربح من التجارة إذا كانت عن رضا، وإلزم صاحب السلعة أن يبيع بسهر معين لا يجوز الزيادة عليه ليس فيه رضا وطيب نفس فيكون من أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه.
السنة:

بما روى عن أبي هريرة ؓ : أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سعر فقال: بل ادعوا ثم جاءه فقال: يا رسول الله سعر، فأقل بل الله يخفض ويرفع وإني لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة^(٢).

(١) روضة الطالبين ج ٣ ص ١٣١، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٨، المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠٨، المطب ج ٧ ص ٥٣٧، المنتقى ج ٥ ص ١٨، البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٨، المختصر النافع ص ١٤٤.

(٢) الحديث : أخرجه أبو داود

لفظ : سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧٢.

وبما روى عن أنس بن مالك قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ﷻ ولا يطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال^(١).
وجه الدلالة من وجهين:

١- أن النبي ﷺ لم يسعر، وقد سأله بعض الصحابة ذلك ولم يستجب لهم، ولو جاز لأجابه إليه^(٢).

٢- أن النبي ﷺ قد اعتبر التسعير مظلمة وإذا كان مظلمة فهو محرم^(٣).

ونوقش استدلال الجمهور:

بأن هذه قضية معينة، وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما يحتاج إليه الناس، ومن المعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس في الزيادة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، وتزايد فيه الناس، فهنا لا يسعر عليهم^(٤).

(١) الحديث: أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال: هذا حديث حسن صحيح.

انظر: سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧٢، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤١، وما بعدها سنن، للترمذى ج ٣ ص ٥٩٦، وما بعدها.

(٢) المعنى ولشرك الكبير ج ٤ ص ٥٠٨.

(٣) المصدر السابق في نفس الموضوع المشار إليه، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٠، سبل السلام ج ٣ ص ٨٢٤.

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٥٨.

بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : " لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه" (١).

وجه الدلالة :

أن إجبار الناس على بيع أموالهم بسعر معين ليس فيه رضا وطيب نفس، وكل ما يكون كذلك فإنه يكون محرماً للنهي عنه.

المعقول:

١- أن الناس مسيطرون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشتري في الاسترخاوص ويجتهد البائع في توفير الربح (٢).

٢- أن التسعير يسبب للغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقنموا بسلعهم بلذا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها فتغلسوا الأسعار

(١) الحديث: أخرجه الدارقطني .

انظر: سنن الدارقطني جـ ٣ صـ ٢٦.

(٢) للحوى الكبير الماوردي جـ ٥ صـ ٤٠٩، وما بعدها، نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ صـ

ويحصل الإضرار بالجانبين جانب المالك فى منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشتري فى منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً^(١).
الرأى الثانى:

ذهب إليه مالك فى رواية أشهب عنه، وسعيد بن المسيب، وربيعه ابن عبد الرحمن، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وبعض الزيدية، والإمامية فى غير الأصح إلى أن التسعير جائز، وبه قال الشافعية فى غير الصحيح فى وقت الغلاء دون الرخص^(٢).

واحتج أصحاب هذا الرأى على ذلك: بأن فى هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم، ولا يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحدده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشتري^(٣).

الرأى الثالث:

ذهب الحنفية إلى أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة كما إذا كان التجار يحتكرون الطعام ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به مشورة من أهل الرأى والبصيرة.
والمراد بالتعدى الفاحش: هو البيع بضعف القيمة.

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠٨.

(٢) المنتقى ج ٥ ص ١٨، البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٨، المختصر النافع ص ١٤٤.

روضة الطالبين ج ٣ ص ١٣١.

(٣) المنتقى ج ٥ ص ١٨.

وقد استدل الحنفية على كراهة التسعير بنفس الأحاديث السابقة التي استدل بها الجمهور على تحريم التسعير حيث حملوا النهى الوارد في ذلك على الكراهة؛ ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره^(١).

الرأي الرابع:

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء في هذه المسألة فإنني أرى أن الأصل الذي نقرره للنصوص الشرعية هو حرمة التسعير، إلا أنه يجب على الحاكم أن يفرض سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما إذا وجد خللاً واضحاً في السوق والأسعار ناشئاً من عوامل مفتعلة من التجار كاستغلال حاجة الناس، والبيع بأثمان فاحشة وبضعف القيمة، واحتكارهم للسلع بقصد التحكم في السعر في وقت الحاجة والضرورة.

يقول ابن القيم : " وأما التسعير : فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز".

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب.

(١) البنائية ج ٩ ص ٣٤٨ - ٣٥٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣ ، البحر الرائق ج ٨

ص ٣٧٠ ، وما بعدها.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال : غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: إن الله هو القابض للرازق، الباسط للمعسر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال".

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر — إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق — فهذا إلى الله، فالإزام للناس أن يبيعوا بقيمة بعينها : إكراه بغير حق.

وأما الثاني: " فمثل أن يتمتع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها^(١)، إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهذا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا لإلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به^(٢)."

ويقول ابن القيم في موضع آخر: " أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير: سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل^(٣)."

وهكذا نجد أن التسعير يعتبر وسيلة من وسائل معالجة الاحتكار، ولازما لمحاربه، ولو طبق الحاكم التسعير بهذا المفهوم لكان أنجح وسيلة في قطع دابر الاحتكار والمحتكرين.

(١) وهذا هو الاحتكار .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق ص ٢٦٤.

صفة التسعير:

إذا كنا قد رجحنا للقول بجواز التسعير إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك، فما هي صفته عند من جوزه؟ قال ابن حبيب: "ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم، استظهاراً على صدقهم فيسئلهم، كيف يشترون؟ وكيف يبيعون؟ فينزلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة مداد حتى يرضوا به، ولا يجبرهم على التسعير، ولكن عن رضا.

قال أبو الوليد الباجي: ووجه ذلك: أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس^(١).

ويظهر لنا من ذلك: أن ولي الأمر إذا سعر فإنه يتقيد فسي ذلك بمراعاة مصلحة البائعين والمشتريين وإحقاق العدل بينهما، فيعطى التجار قدرأ مجزياً من الربح ولا يجحف أيضاً بحقوق الناس.

وإذا فعل الحاكم ذلك فإن التسعير لا يكون فيه مظلمة، بل يكسبون فيه الخير والمصلحة للناس.

(١) انظر: المنتقى للباجي ج ٥ ص ١٩، وراجع أيضاً في ذلك: الطرق الحكيمة لابن القيم

ص ٢٥٨، تكملة المجموع ج ١٢ ص ١١٦.

ما يتعلق به التسعير من المبيعات:

نكر ابن حبيب : أن التسعير يختص بالمكيل والموزون دون غيره فلا يمكن تسعيره.

وجه ذلك: أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل وإنما يرجع فيه إلى القيمة ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن متماثلاً لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد^(١).

وعند الحنفية التسعير يكون في القوتين لا غير، لكن إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم وهذا بناء على ما قال أبو يوسف: من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار. وإن قيل: إن هذا في الاحتكار لا في التسعير.

فإنه يجاب عن ذلك: بأن حكم التسعير في ذلك يؤخذ منه قياساً أو استنباطاً بطريق المفهوم^(٢).

وعند الشافعية في الوجه الذي يجوز فيه التسعير: أنه يكون في الأطعمة ويلحق بها علف الدواب على الأصح^(٣).

والذي أختاره في ذلك: أن التسعير يكون في القوتين وغيرهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم.

(١) المنتقى للباي ج ٥ ص ١٨.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٦ ص ٧٢٠.

(٣) روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ١٣١.

حكم البيع مع مخالفة التسعير:

ثبت لنا مما سبق - بحسب ما رجحناه - أن الحاكم يجوز له التسعير في القوتين وغيرهما، وإذا فعل ذلك، وخالف أحد التجار وباع بأكثر من الذى سعره، أجازة القاضى عند الحنفية، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى الجبر على الحر، وفى إبطال بيعه حجر عليه، وكذا هو الظاهر عند محمد بن الحسن وأبى يوسف؛ لأنهما وإن رأيا الجبر، ولكن على حر معين أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وهاهنا كذلك^(١).

وعند المالكية : يمنع الناس من البيع بغير السعر الذى يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة للبائع والمشتري، ومن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق^(٢). وعند الشافعية: إذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير، وفى صحة البيع وجهان، والأصح : صحة البيع^(٣).

وعند الحنابلة : من باع مخالفاً للتسعير فبيعه صحيح^(٤).

وبذلك يتبين لنا أن الصحيح هو القول بصحة البيع ويعزز من يخالف ذلك.

(١) البناية ج ٩ ص ٣٥٠، وما بعدها.

(٢) المنتقى للباجى ج ٥ ص ١٨، وما بعدها.

(٣) روضة الطالبين للنووى ج ٣ ص ١٣١.

(٤) المبدع لابن مفلح ج ٤ ص ٤٧.

المبحث الثالث

بيع مال المحتكر جبوا عليه

من الوسائل التي يتخذها الحاكم لمعالجة الاختكار ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية - ما عدا أبي حنيفة في قول - من بيع مال المحتكر جبراً عليه.

ف عند الحنفية: يؤمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله إزالة للظلم، ولكن هل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه؟ فعند أبي حنيفة: لا يجبر المحتكر على البيع، وعندهما: يجبر عليه، وهذا بناء على أن الإمام لا يرى الحجر على الحر، وهما يريانه. وقيل: يبيع بالاتفاق وهذا اختيار القدوري؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك^(١).

وعند المالكية: إن كان بالناس حاجة إلى الطعام ولم يوجد عند غير المحتكر فإنه يجبر على البيع بسعر الوقت، وذلك لرفع الضرر عن الناس؛ ولأنه إنما أبيع لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة^(٢). وعند الشافعية: يجبر من عنده زائد عن كفايته ومؤنه سنة على البيع في زمن الضرورة، فإن امتنع للمحتكر عن البيع باع عليه الحاكم،

(١) للنباية ج ٩ ص ٣٥١، وما بعدها، تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٣٧١، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣.

(٢) للمنقلى ج ٥ ص ١٧، شرح الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ٢٩٩، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

والذى يجيزه على ذلك القاضى^(١).

والحنابلة يذهبون إلى ذلك أيضاً حيث يجبر المحتكر عندهم على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر^(٢).

وقال الشوكانى فى السيل الجرار: إن المحتكر يكلف بالبيع؛ لأنه فاعل لما هو من محرمات الشريعة، ولا يجوز ترك المسلمين يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ الضار للمسلمين ولهذا عاقبه أمير المؤمنين على ؓ عنه بتحريق طعامه^(٣).

وبهذا يتبين لنا أن المحتكر يجبر عل البيع؛ لأن هذا هو الذى ينقض قصده وفعله المحرم، ولا يقف الأمر عند حد إجبار المحتكر على البيع، بل للحاكم إذا خاف الهلاك أن يأخذ المال من المحتكرين ويرد عليهم مثله أو قيمته عند زوال الحاجة؛ لأنهم اضطروا إليه، ومن اضطر إلى مال الغير فى مخصصة كان له أن يتناوله بالضمان^(٤) لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر فى مخصصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم﴾^(٥).

(١) نهاية المحتاج للرملى وحاشية أبى الضياء الشيرازى عليه ج ٣ ص ٤٧٢.

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٨٨، الإصناف فى معرفة الراجع من الخلاف.

(٣) السيل الجرار ج ٣ ص ٨٥ للمرادى ج ٤ ص ٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٣، المبدع ج ٤ ص ٤٨.

(٥) سورة المائدة من الآية: رقم ٣

المبحث الرابع

العقوبة الشرعية للمحتكر

إن الوعيد الوارد في الأحاديث التي تنهى عن الاحتكار قد لا يردع الكثير ممن استحوذ عليهم الشيطان، وقد لا تكفى الوسائل السابقة لعلاج هذه الظاهرة من جذورها، فهل يصح توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر تأديبياً له وزجراً لأمثاله؟

من المعلوم أن العقوبة في الفقه الإسلامى تكون على كل فعل محرم أو على ترك واجب، ولقد قسم الفقهاء العقوبات إلى ثلاثة أقسام:

- ١- الحدود : وهى العقوبات المقدرة والتي تجب حقاً لله تعالى.
- ٢- القصاص أو الدية: وهى عقوبات الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب.
- ٣- التعزير: وهى العقوبات غير المقدرة والتي تجب حقاً لله تعالى أو للعبد، وهى تهدف إلى تأديب الجانى ومنعه عن معاودة الفعل المحرم الذى عوقب عليه.

وهذا النوع الأخير من العقوبات هو الذى يطبق على جرائم المعاملات كالغش، والاحتكار، وخيانة الأمانة ونحو ذلك؛ لأنه ليس هناك فعل محرم، ولا يخضع فاعله للعقاب، كما أنه لا يجوز ترك المحرمات للضمير الفردى والالتزام الشخصى وإلا لاستهان بها الناس، ومن ثم فإنه يجوز توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

ويمكن أن نستند في ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ^(١).

فهذه الآية عامة في كل الأفعال السيئة، ومن احتكر الطعام أو غيره مما يحتاجه الناس بقصد التحكم في السعر فقد فعل سيئة، فيجب أن يجازى عليها بعقوبة مماثلة أو مناسبة لها.

كما روى عن سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام أنه كتب إلى الأشير النخعي لما ولاه على مصر يأمره بما نصه " واعلم مع ذلك أن في كثير منهم — أي التجار ونوى الصناعات — ضيقاً فاحشاً وشحاً قبيحاً واحتكاراً للمنافع وتحكما في البياعات، وذلك باب مضره للعامة وعيب على الولاة، فامنع من الاحتكار فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه، وليكن البيع بيعاً سحاً بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به وعاقبه في غير إسراف ^(٢).

ولقد نص على هذا الحكم كثير من الفقهاء فقد جاء في البدائع للكاساني: " يتعلق بالاحتكار أحكام منها: الحرمة .. ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع، فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار، ورفع إلى الإمام موة أخرى وهو مصر عليه فإن الإمام يعظه ويهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبس به ويعزره زجراً له عن سوء صنعه ^(٣).

(١) سورة الشورى من الآية: ٤٠.

(٢) نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ج — ٢

ص — ٦١، لمطبعة الأدبية بيروت — ١٨٨٥م.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج — ٥ ص — ١٩٣، وراجع أيضاً الاختيار ج — ٢ ص — ١٧٢.

وجاء فى البحر الزخار: " ويجبر على البيع ولا يباع عنه فإن نرد فالحاكم يبيع له ويعزر المحتكر لعصيانته^(١) .

وقال ابن تيمية عن مرتكبى المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة : " فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتكديلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالى على حسب كثرة الذنب فى الناس وقلته، وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلاام للإنسان من قول وفعل فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه .. وقد يعزر بالحبس... وكذلك قد يعزر بالضرب... ..^(٢) .

والسؤال الآن : ما هو موقف الفقه الإسلامى من إمكان تطبيق عقوبة الغرامة المالية على الجرائم التعزيرية ومنها الاحتكار؟
من المعروف أن الغرامة المالية تعتبر من العقوبات التعزيرية فى بعض الجرائم ومن ذلك تعزير الممتنع عن أداء الزكاة عند بعض الفقهاء، يأخذ شطر ماله عزمة من عزمات الله تبارك وتعالى^(٣) .

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٣١٩ وما بعدها.

(٢) المسئلة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لابن تيمية ص ٦٢ وما بعدها المطبعة السلفية ومكتبتها.

(٣) هذا هو المروى عن الإمام الشافعى فى القديم، وإسحاق بن راهويه، وأبو بكر عبد العزيز، والإمام يحيى والهادويه،

والقول الجديد للشافعى وهو رأى الجمهور أيضا أنه لا يؤخذ من الممتنع إلا الزكاة لا غير .
لمزيد من التفصيل فى ذلك راجع: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٣٩ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية النسوى عليه ج ١ ص ٥٠٣، المذهب ج ١ ص ١٤٨، المغنى والشرح الكبير ج ٣ ص ١٩، وما بعدها، نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٧، وما بعدها.

وذلك لما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " في كل إيل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إيل عن حسابها، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فأبنا آخنها، واطر إيله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شيء^(١) .

وقد قيل : إن هذا كان في أول الإسلام ثم نسخ، ولكن لا دليل على النسخ ولا يثبت بالاحتمال.
وقيل أيضا: إن الحديث ضعيف، لضعف راوى الحديث بهز بن حكيم.

ويرد على ذلك: بأن الحاكم قد صحح هذا الحديث، وثقه واحتج به أحمد وروى عن أبي داود أنه حجة عنده^(٢).
وقال ابن القيم في شرح سنن أبي داود بعد أن ذكر كلام العلماء عن بهز وتصحيح أحمد وإسحاق وعلى بن المديني لحديثه: " وليس لمن رد هذا الحديث حجة، ودعوى نسخه دعوة باطلة، إذ هي دعوى مالا دليل عليه، وفي ثبوت شرعية العقوبات المالية عدة أحاديث عن النبي ﷺ لم يثبت نسخها بحجة وعمل بها الخلفاء بعده^(٣) .

(١) الحديث: أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي .

انظر : من أبي داود ج ٢ ص ١١١، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ج ٥ ص ١٥ - ١٧، نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٦ .

(٢) نيل الأوطار ج ٤ ص ١٤٧ .

(٣) انظر : شرح ابن القيم للجوزية لمن أبي داود مطبوع بهامش عون المعبود ج ٤ ص — ٢٥٦، ط دار الفكر.

هذا ولم أقف على نص لفقهاء المذاهب يقرر جواز توقيه غرامة مالية على المحتكر.

ولا يوجد في تقديرنا ما يمنع من توقيع هذه الغرامة، وذلك قطعاً لذرائع الفساد من المحتكرين ولا سيما وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وأصحابه بذلك في مواضع كثيرة كما أورد ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة^(١).

وبدون تلك العقوبات المالية وغيرها من العقوبة التعزيرية لن يقف مسلسل الاختكار فهل إلى خروج من سبيل قبل أن يفلت الزمام ويستعلى الخطر!؟

(١) انظر هذه المواضع في الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٦٦، وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن تناولنا بالبحث هذا الموضوع فإننا نستنتج مما سبق بناء على ما رجحناه النتائج التالية:

- ١- أن الاختكار محرم لما فيه من التضيق على الناس ورفع الأسعار عليهم.
- ٢- أن الاختكار يكون في كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل للطعام والدواء والمسكن والملبس ومواد البناء والوقود وغير ذلك مما يحتاجه الناس.
- ٣- أن الطعام الذي يحرم احتكاره لا يقتصر على الحنطة والشعير والتمر بل يشمل كل ما يؤكل من طعام وإدام.
- ٤- أن الوقت الذي يحرم فيه الاختكار هو وقت الضرورة والشدة وأما وقت الرخاء والسعة فلا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء لعدم الضرر في ذلك.
- ٥- أن من جلب شيئاً أو حبس من غلته شيئاً لا يكون محتكراً إلا أن الأولى والأفضل أن لا يفعل ذلك؛ لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين وخاصة في وقت الضيق والشدة.
- ٦- أن الاختكار الآثم هو الذي يكون للقصد منه اغلاء السعر على الناس فالتاجر الذي لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصد التحكم في السعر لا يعتبر محتكراً.
- ٧- أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق للحرمة، لتحقيق الضرر.

٨- أن ما يدخره الإنسان لتأمين حاجات نفسه وعياله لا يعتبر احتكاراً، إذ أنه قد ثبت عن النبي ﷺ أنه قد حبس لأهله قوت سنتهم، والتقييد بالسنة إنما جاء لضرورة الواقع وعليه فيجوز الإذخار لأكثر من ذلك.

٩- أن من اخذ شيئاً من الأقوات الضرورية لنفسه ولعياله ولم يكن محتاجاً إليه حالاً واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته.

١٠- أن الإسلام عالج الاحتكار بعدة وسائل منها: أن الإسلام قد حرم الاحتكار، وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة، ورغب بشدة في جلب السلع والبضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق، ولذلك وجب على الدولة في وقت الضيق والشدة أن تفتح باب الجلب أو الاستيراد؛ لأنه نزيعة إلى التوسعة وما يؤدي به الواجب يكون واجبا.

١١- الوسيلة الثانية التي عالج بها الإسلام مشكلة الاحتكار هي التسعير وذلك بناء على ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعدياً فاحشاً.

١٢- ومن الوسائل أيضاً ما قرره أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية من أنه يجوز للحاكم أن يبيع مال المحتكر جبراً عليه، وليس هذا فحسب بل إذا خشى الهلاك فإنه يأمر بمصادرة أموال المحتكرين مع تعويضهم بالمثل أو القيمة.

١٣- أن الإسلام لم يكتفى بالوسائل السابقة لعلاج مشكلة الاختكار بل أجاز للحاكم أن يوقع عقوبة تعزيرية على المخترع بالحبس ونحوه تأديبا له وزجرا لأمثاله، وليس هذا فحصب بل يجوز له أن يوقع عليه غرامة مالية قطعا لذرائع الفساد من المخترعين.

وأخيرا فإنني أدعو الله ﷻ في ختام هذا البحث أن يوفق حكام المسلمين في النظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام ففيها العلاج للحاسم لكل مشكلات المجتمع والله الهادي إلى الصراط المستقيم .

د. / جمال محمد يوسف

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم وعلومه:

- ١- تفسير القرآن العظيم — للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ — ط عيسى البابي الحلبي .
- ٢- الجامع لأحكام القرآن الكريم — للإمام القرطبي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ. ط دار الحديث.

ثانياً: كتب الأحاديث النبوية الشريفة:

- ١- تلخيص المستدرک — للإمام الحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ ط دار المعرفة — بيروت لبنان .
- ٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢ هـ . ط دار الحديث.
- ٣- سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث المجسّاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ — مطبعة دار إحياء السنة النبوية .
- ٤- سنن الترمذی (الجامع الصحيح) : للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذی المتوفى سنة ٢٧٩ هـ — ط دار الفكر.
- ٥- سنن النسائي — للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٢٠٣ هـ. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي — ط دار الحديث.

- ٦- سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٠ هـ. ط دار الحديث.
- ٧- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ. ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٨- شرح النووي على صحيح مسلم للإمام النووي المتوفى ٦٧٦ هـ ط دار الحديث.
- ٩- شرح ابن قيم الجوزية لسنن أبي داود بهامش عون المعبود ط - دار الفكر.
- ١٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط دار الغد العربي.
- ١١- فيض القدير شرح الجامع الصغير للنواوي ط دار الفكر.
- ١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ.
- ١٣- المستدرک علی الصحیحین للحاکم النیسابوری المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ط دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ ط دار إحياء الكتب العربية عيس البابي الحلبي .
- ١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ دار الحديث.

ثالثاً: كتب اللغة:

- ١- لسان العرب للعالم الجليل جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري المتوفى سنة ٧١١ هـ ط دار المعارف.
- ٢- مختار الصحاح تأليف محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦ هـ — مكتبة لبنان ١٩٨٨م.
- ٣- المصباح المنير في غريب الفصح الكبير للرافعي تأليف العلامة الشيخ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط — دار المعارف تحقيق د./ عبد العظيم الشناوي.
- ٤- معجم مقاييس اللغة لابن فارس — ط دار الجيل.
- ٥- للمعجم الوجيز — مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٢م.

رابعاً: كتب أصول الفقه:

- ١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن محمد الشوكاني — مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٢- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط — دار الفكر العربي.
- ٣- للتلويع على التوضيح تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفازاني ط محمد علي صبيح.
- ٤- المستصفي من علم الأصول للإمام الغزالي ط دار الكتب العلمية — بيروت لبنان.

خامساً: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

- ١- الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي ط - دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم - ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - مطبعي دار الفكر.
- ٤- بدر المتقى في شرح الملتقى - بهامش مجمع الأنهر ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .
- ٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - المتوفى سنة ٧٤٣ هـ - ط دار المعرفة بيروت لبنان.
- ٦- تكملة البحر للرائق شرح كنز الدقائق للإمام العلامة الشيخ محمد ابن حسين بن علي الطوري القادري المتوفى سنة ١١٣٨ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.
- ٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ المحقق محمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين ط دار الفكر.
- ٨- حاشية قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار على الدر المختار) لمحمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين - ط دار الفكر.

- ٩- حاشية سعد جليبي بهامش فتح القدير ط دار الفكر.
- ١٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد علاء الدين الحصكفي مطبوع مع حاشية ابن عابدين.
- ١١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر تأليف الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي - ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- ١٢- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قوثر المعروف بقاضي زادة وهي تكملة فتح القدير - ط دار الفكر.
- ١٣- الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الميرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مطبوع مع شرح فتح القدير.

الفقه المالكي:

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد - ط دار الفكر.
- ٢- التاج والإكليل لمختصر خليل : تأليف أبى عبد الله محمد بن يوسف بن أبى القاسم الشهير بالمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل.
- ٣- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ط - دار الفكر بيروت لبنان.
- ٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- ٥- حاشية المدنى على كتون بهامش حاشية الإمام الرهوني .

٦- الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدريز بهامش حاشية
الدسوقي .

٧- شرح العلامة للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرنسي
على مختصر خليل ط - دار الفكر .

٨- شرح الزرقاني على الموطأ - ط دار المعرفة بيروت لبنان .

٩- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزي ط دار الفكر .

١٠- المنتقى شرح الموطأ : لأبي الوليد الباجي - ط دار الفكر
العربي .

١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ط دار الفكر .

الفقه الشافعي :

١- تكملة المجموع شرح المذهب تأليف : محمد نجيب المطيعي -
مكتبة الارشاد جدة - المملكة العربية السعودية .

٢- حاشية الشبرايملي على نهاية المحتاج لأبي الضياء نور الدين
علي بن علي الشبرايملي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٣- الحاوي الكبير وهو شرح مختصر المزني تأليف : أبي الحسن
علي بن محمد بن حبيب الماوردي - ط دار الكتب العلمية بيروت .

٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبي زكريا النووي ط - دار
الفكر .

٥- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين مطبوع بهامش
قليوبي وعميرة .

- ٦- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : تأليف محمد الشربيني للخطيب — مطبعة مصطفى البابى الحلبي .
- ٧- المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى للإمام أبى إسحاق الشيرازى — ط مصطفى البابى الحلبي .
- ٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى — مطبعة مصطفى البابى الحلبي .

الفقه العنقلى:

- ١- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف تأليف شيخ الإسلام العلامة للفقهاء علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادى .
- ٢- الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن قدامة مطبوع مع المغنى — ط دار الفكر العربى.
- ٣- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى — ط دار للفكر .
- ٤- كشف القناع عن متن الاقناع تأليف منصور بن إدريس البهوتى — ط دار للفكر .
- ٥- المبدع فى شرح المقنع تأليف أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح — مطبعة المكتب الإسلامى .
- ٦- للمغنى : تأليف الشيخ الإمام للعلامة موفق الدين أبى محمد بن أبى عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة — ط دار الفكر العربى .

الفقه الظاهري:

- ١- المحلى بالآثار لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم مطبعة دار الفكر.

الفقه الزيدي:

- ١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - للإمام المهدي أحمد بن حبي بن المرتضى الناشر دار الكتاب الإسلامى القاهرة .
- ٢- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للعلامة شرف الدين الحسين ابن أحمد بن الحسين الصنعاني - مطبعة دار الجيل بيروت لبنان.

- ٣- السيل الجرار المتفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكاني - ط وزارة الأوقاف تحقيق محمود إبراهيم زايد ومحمود أمين النواوى.

الفقه الإمامي:

- ١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام تأليف شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد بن حسن النجفى ط دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان.
- ٢- المختصر النافع فى فقه الإمامية للشيخ أبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلى - طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية.

الفقه الإباضى:

- ١- شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة.

السياسة الشرعية :

- ١- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية — المطبعة السلفية ومكبتها.
- ٢- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية — ط — دار الكتب العلمية .

الدراسات الإسلامية العامة:

- ١- إحياء علوم الدين للإمام أبى حامد الغزالى ط دار الصابونى.
- ٢- مبادئ الاقتصاد الإسلامى والاقتصاد الوضعى د. / ربيع محمد الروبى — ط مكتب إنش لآلات الكاتبة وطباعة الأوفست — القاهرة.
- ٣- من توجيهات الإسلام للشيخ محمود شلتوت.
- ٤- نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب — كرم الله وجهه — ط المكتبة الأنبية ١٨٨٥م.

★★★★★

فهرسٲ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٩٤	المقدمة
١٩٧	الفصل الأول : الاختكار وإحكامه
١٩٨	المبحث الأول : تعريف الاختكار
٢٠١	المبحث الثاني : الوصف الشرعي للاختكار
٢٠٨	المبحث الثالث : ما يحرم اختكاره من السلع
٢٠٩	المطلب الأول : ما يكون فيه الاختكار من السلع
٢١٤	المطلب الثاني : الطعام الذي يحرم اختكاره
٢١٦	المطلب الثالث : الوقت الذي يحرم فيه الاختكار
٢١٨	المطلب الرابع : شروط الاختكار المحرم
٢٢٨	المبحث الخامس : حكم إخبار الأقوات الضرورية
٢٣٣	الفصل الثاني : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاختكار
٢٣٤	المبحث الأول : للترهيب والترغيب
٢٣٧	المبحث الثاني : التسعير
٢٥١	المبحث الثالث : بيع مال المحتكر جبرا عليه
٢٥٣	المبحث الرابع : العقوبة لشرعية للمحتكر
٢٥٨	الخاتمة
٢٦١	مراجع البحث
٢٧٠	فهرس الموضوعات

خط في أحكام العقيدة في ضوء الفقه الإسلامي

إعداد

دكتور

أشرف محمود محمد الخطيب

المدرس بقسم / الفقه العام

بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر (مطبعة)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَقَالَتُهُ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي ، له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون " ^(١) " يا أيها الذين آمنوا اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً " ^(٢) " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً " ^(٣) " سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم " ^(٤)

سبحانك اللهم خير معلم	علمت بالقلم القرون الأولى
أخرجت هذا العقل من ظلماته	وهديته النور المبين سبيلاً
أرسلت بالتوراة موسى هادياً	وابن البتول فلعلم الانجيلا
وفجرت ينبوع البيان محمداً	فسقى الحديث وناول التنزيلا ^(٥)

^(١) الآية : ١٠٢ من سورة آل عمران .

^(٢) الآية : ١ من سورة النساء .

^(٣) الأمان : ٧٠ - ٧١ من سورة الأحزاب .

^(٤) جزء من الآية ٣٢ من سورة البقرة . ٢ .

^(٥) الأبيات من قصيدة لأمر الشعراء أحمد شوقي مطلعها : قم للمعلم وفه التبجيلا ، انظر : الشوقيات : ج ١

أما بعد :

فإن الله (سبحانه وتعالى) كما يقول العلامة ابن القيم في مقدمة كتابه البديع تحفة المودود بأحكام المولود ^(١) : نوع أحكامه على الإنسان من حين خروجه إلى هذه الدار إلى حين يستقر في هذا القرار ، وقبل ذلك وهو في الظلمات الثلاث كانت أحكامه القدرية جارية عليه ومنتهية إليه ، فلما انفصل عن أمه تعلقت به أحكامه الأمرية ، وكان المخاطب بها الأبوين ، أو من يقوم مقامهما في تربيته والقيام عليه فله سبحانه فيه أحكام أمر قيمه بها ما دام تحت كفالته فهو المطالب بها بونه حتى إذا بلغ حد التكليف تعلقت به الأحكام وجرت عليه الأقسام وحكم له بأحكام أهل الكفر وأهل الإسلام ولعل من أهم هذه الأحكام التي أمر الله بها قيمه على لسان رسوله ﷺ بعد ولادته : العقيقة عنه ، وهي الذبيحة التي تنبج عنه يوم سابع ولادته ، حيث قال النبي ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه نماً ، وأميطوا عنه الأذى ^(٢) " وقد شرعت العقيقة لحكمة جليلة : وهي وجوب شكر الله على نعمة الولد ، كما أنها شرعت لتفك رهان المولود حيث إنه مرتهن بعقيقته كما قال النبي ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته ينبج عنه يوم السابع ، ويسمى ويحلق رأسه ^(٣) " ومن فوائدها : أنها قربان يقرب به عن المولود في أول أوقات خروجه إلى الدنيا ، والمولود

^(١) ص ٣ .

^(٢) أخرجه البخاري في صحيحه عن سليمان بن عامر رضي : ج ٢٠ ص ٢٧٩ - ٢٩٨ ، ط : مكتبة القاهرة .

^(٣) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ١٠١ رقم ١٥٢٢ ، ط : دار الحديث

والمولود ينتفع بذلك غاية الانتفاع ، كما ينتفع بالدعاء له وإحضاره مواضع المناسك والإحرام عنه ، وغير ذلك .

ومع هذه الأهمية التي يشغلها هذا الموضوع إلا أننا نجد كثيراً من الناس حينما يمن الله عليهم بنعمة الولد لا يهتمون بهذه السنة ولا يحرصون على التمسك بها إما لعدم علمهم بها كما هو الحال والشأن بالنسبة لكثير من الناس ، أو لأنهم ينفقون أموالهم بعد ولادة المولود فيما لا فائدة فيه ولا منفعة منه ومن ثم فإنني أردت عن طريق هذا البحث أن أحث المسلمين على التمسك بهذه السنة ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً وأن أجلى أحكام العقيقة في صورة مبسطة لا غموض فيها ولا تعقيد حتى يكون الناس على بينة من أمر دينهم .

هذا وقد جعلت للبحث خطة فسمتها إلى مقدمة ، وثمانية مباحث وخاتمة .

فأما المقدمة : فتشتمل على أهمية البحث ، وسبب اختياري له .

وأما المبحث الأول : فهو بعنوان : تعريف العقيقة ، ويشتمل على مطلبين .

المطلب الأول : في معنى العقيقة واشتقاقها .

المطلب الثاني : في حكم تسميتها عقيقة .

وأما المبحث الثاني : فهو بعنوان حكم العقيقة وفضلها .

وأما المبحث الثالث : فهو بعنوان : المقدار الذي يعق به عن الذكر والأنثى

وأما المبحث الرابع : فهو بعنوان : ما يجزئ في العقيقة من النعم .

وأما المبحث الخامس : فهو بعنوان : وقت العقيقة .

وأما المبحث السادس : فهو بعنوان : مصرف العقيقة .
وأما المبحث الثامن : فهو بعنوان : مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها .
وأما الخاتمة : فتشتمل على بيان أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا
البحث ، وتوصياتي فيه .

المبحث الأول : تعريف العقيدة

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : هو معنى العقيدة واشتقاقها

حرى بمن يتكلم عن العقيدة وما يتعلق بها من أحكام في ضوء الفقه الإسلامي أن يتعرف أولا على مدلول هذا المصطلح ، وذلك حتى يتسنى للقارئ أن يكون على بينة من الأصل قبل الخوض في التفاصيل والأحكام فأقول وبالله التوفيق :

العقيدة لغة : اسم لما ينبج عن المولود ^(١)

وقد اختلف أهل اللغة في اشتقاقها على قولين :

القول الأول : وبه قال : أبو عبيد ، والأصمعي ، ومال إليه الزمخشري وهو أن العقيدة أصلها صوف الجذع وشعر كل مولود من الناس والبهائم الذي تولد عليه وبه سميت الشاه التي تنبج عن المولود يوم أسبوعه عقيدة لأنه يزال عنه الشعر يومئذ فسميت باسم سببها جريا على عادة العرب في تسمية الشيء باسم سببه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغنورة فيه فلا يفهم من العقيدة عند الإطلاق إلا الذبيحة ^(٢)

^(١) عتار الصحاح للرازي : ص ٤٤٦ ط افنية العامة لشتون المطابع الأميرية ، المعجم الوحي : ص ٤٢٨ صادر من مجمع اللغة العربية .

^(٢) فتح الباري بترج صبح البخاري لابن حجر : ج ٢٠ ص ٢٩١ ط مكتبة القاهرة ، الظه المستعذب في شرح غريب المذهب لابن طلال الركني : ج ١ ص ٣٢١ ط مصطفى الحلبي ، اللغز لابن قدامة : ج ١ ص ١١٩ ط : دار الكتب العلمية ، الخليل لابن حزم ص ٧ ص ٥٢٣ ط مكتبة التراث ، نخبة النوادر بأحكام النوادر لابن القيم : ص ٢٥ - ٢٦ ط : المكتبة القيمة .

القول الثاني: وبه قال الإمام أحمد ، ورجحه ابن عبد البر وغيره

وهو أن العقيقة مأخوذة من العق وهو الشق والقطع ، وقد سميت بذلك أى سميت الذبيحة عقيقة - لأنها تعق مذابحها - أى تشق وتقطع .^(١)

وقد احتج بعض المتأخرين لما قاله الإمام أحمد في هذا الصدد ، وقال : إن ما ذكره الإمام معروف عند أهل اللغة ، لأنه يقال عق إذا قطع ، ومنه عق الولد والديه إذا قطعهما ، وقول الشاعر :

بلاد بها عق الشباب تمانى وأول أرض مس جلدى ترابها^(٢)

يريد الشاعر أن يقول : إنه لما شق قطعت عنه تمانمه .

وبالنظر إلى هذين القولين نستطيع القول : بأنه لا مانع من أن تكون العقيقة مشتقة من الأمرين معا ، لاسيما وأن اللغة العربية تتميز بكونها غنية في ألفاظها ومعانيها

والآن وبعد أن فرغت من الحديث عن تعريف العقيقة واشتقاقها عند علماء اللغة أنتقل إلى تعريفها شرعا فأقول وبالله التوفيق :

العقيقة شرعا: هى الذبيحة التى تذبح عن المولود

وقيل هو: الطعام الذى يصنع ويدعى إليه من أجل المولود^(٣)

وعرفها الإمام الدردير بقوله العقيقة : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود^(٤) ويعترض على التعريف الأول ، والثانى بأنهما غير جامعين لمعنى العقيقة من وجهين :

^(١) المراجع السابقة .

^(٢) المراجع السابقة .

^(٣) للمعنى لا من قلة : ج ١١ ص ١١٩ .

^(٤) الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٩٦ ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .

الوجه الأول : أن العقيدة لا تكون بأى طعام بصنع ، ولا بأى ذبيحة تنبش
وإنما لابد أن تكون من النعم ومن ثم فإن التعريف يكون غير جامع
لمعنى العقيدة من جهة عدم تضمنه ذلك .

الوجه الثاني : أن التعريف لم يتضمن بيان الوقت الذى يستحب فيه ذبح
العقيدة وكان جديرا بالمعرف أن يذكر ذلك فى التعريف حتى يكون
التعريف جامعا مانعا ومن هنا فإبنى أرى أن التعريف الثالث هو تعريف
جامع لمعنى العقيدة ، لأن صاحب التعريف - وهو الإمام الدريزر -
جمع فيه بين تعريف العقيدة ، وبيان جنسها ووقتها .

المطلب الثانى

حكم تسميتهما عقيدة

اختلف الفقهاء فى حكم تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه عند
العرب قديما وحديثا والسبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد فى
كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ^(١) : معارضة حديث عمرو بن
شعيب الذى رواه عن أبيه عن جده وفيه أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن
العقيدة ؟ " لأحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعلى " ^(٢)
لحديث سمرة بن جندب الذى قال فيه النبى ﷺ : " الغلام مرتين
بعقيقته " ^(٣) ووجه الاختلاف بين الحديثين كما هو ظاهر لنا : أن الحديث
الأول يدل على أن النبى ﷺ كره هذا الاسم والسبب فى هذا واضح :

^(١) - ج ١ ص ٤٦٢ - ٤٦٣ ، ط مصطفى الخلى

^(٢) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ : ج ٢ ص ٤٥ ، مع شرحه توير الخوالك ، ط : عيسى الخلى .

^(٣) سبق تقريره .

وهو أن العقيدة والعقود يرجعان إلى أصل واحد وهو الشق والقطع ولما كان الأمر كذلك لذا فإن النبي ﷺ كرهه وقال : " لا أحب العقود " ثم قال " صلوات الله وسلامه عليه " : " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " إرشاداً منه " صلوات الله وسلامه عليه " إلى العدول عن الاسم الذي تستقبحه العقول ، وتتفر منه النفوس إلى الاسم الذي هو أحسن منه والنفوس إليه أميل ، وكان النبي ﷺ شديد الاعتناء بذلك حتى إنه ﷺ كان يغير الاسم القبيح بالحسن ^(١) ويترك النزول في الأرض القبيحة الاسم ، والمرور بين الجليلين القبيح اسمهما ، وكان يحب الاسم الحسن والفأل الحسن . ويرى العلامة ابن القيم في كتابه تحفة المودود ^(٢) وهو بصدد الحديث عن معنى العقيدة واشتقاقها : أنه بين الاسم والمسمى علاقة ورابطة تناسبه ، وقل ما يختلف ذلك فالألفاظ قوالب للمعاني ، والأسماء قوالب للمسميات .

وقل إن أبصرت عينك ذا لقب إلا معناه إن فكرت في لقبه فقبح الاسم عنوان قبح المسمى ، كما أن قبح الوجه عنوان قبح الباطن ومن ثم فإنه لما كان بين العقيدة والعقود تناسب وتشابه من حيث إن كلا منهما يرجع إلى أصل واحد لذا فقد ذهب بعض الفقهاء ^(٣) وإلى

^(١) ومن ذلك أنه ﷺ مسمى المنذر بن أسيد بهذا الاسم تقلولاً أن يكون له علم ينذر به وكان أبوه قد سماه اسماً ليس بمستحسناً ، فنظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر : ج ٢٢ ص ٣٨٩ .

^(٢) ص ٢٦ - ٢٧ .

^(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر : ص ٢٢ - ٣٨٩ ، نيل الأوطار للشوكاني : ج ١ ص ١٣ ، ط مكية الدعوة الإسلامية ، تحفة المودود لابن القيم ص ٢٨ - ٢٩ .

القول بكراهة تسميتها عقيقة ، وقد احتجوا على ذلك بقول النبى ﷺ " لا أحب العقوق " وهذا يدل على أمرين :

الأمر الأول : كراهة الاسم الذى كرهه للنبي ﷺ

الأمر الثانى : وهو أن الأولى أن يقال لها : نسيكة أو نبيحة ، ولا يقال لها عقيقة .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول :

أن الحديث ليس فيه ما يدل على التصريح بالكراهية ، إنما فيه كأنه كره الاسم ونظير هذا : اختلافهم فى تسمية العشاء بالعتمة ، والتحقيق فى الموضعين كما يقول ابن القيم ^(١) : كراهة هجر الاسم المشروع من العشاء والنسيكة واستبدلهما بالعقيقة والعتمة وأما إذا كان المستعمل هو الاسم الشرعى ولم يهجر وأطلق الاسم الآخر أحيانا فلا بأس بذلك ، وعلى هذا تنفق الأحاديث

فإن قيل : لكن الاسم المشروع قد هجر ، وأصبح المستعمل هو الاسم الآخر .

قلنا : لا بأس بذلك لأن العرف إذا تعارض مع الشرع ، ولم يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال ^(٢)

^(١) المرجع السابق : ص ٢٩ .

^(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسبكي : ص ٦٥ - ٦٦ فصل فى تعارض العرف مع الشرع ، وهو جوعا : أحدهما - أن لا يتعلق بالشرع حكم يقدم عليه عرف الاستعمال كما لو حلف لا يأكل خما فإنه لا ينبت بالسمك ، وإن سماه الله خما . والثانى أن يتعلق به حكم يقدم على عرف الاستعمال ومن ثم فإنه لو حلف لا يعلى فإنه لا ينبت إلا بفات الركوع والسجود ، أو لا يصوم فإنه لا ينبت بمطلق الإمساك . انظر : ص ٦٦ المرجع السابق

الجواب الثاني: أن النبي ﷺ وإن كان يغير الاسم القبيح بالحسن إلا أنه ﷺ لم يجعل هذا على سبيل اللزوم ، وإنما جعله على سبيل الاختيار ، ومن ثم فإن المسلمين أجازوا أن يسمى الرجل القبيح بحسن والفساد بصالح ، ويدل عليه : أن النبي ﷺ لم يلزم جد سعيد بن المسيب بتغيير اسمه لما امتنع من تحويل اسمه من حزن إلى سهيل ولو كان ذلك لازماً لما أقره النبي ﷺ على قوله : لا أغير اسماً سمانيه أبى وهذا يدل على عدم كراهية تسمية العقيدة باسمها ، ولهذا قال الإمام السيوطي : لأعلم أحد من العلماء مال إلى ذلك أى القول بكراهية تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه ولا قال به وأظنهم تركوا العمل به لما صح عندهم فى غيره من الأحاديث من لفظ العقيدة ^(١)

٢- وقال طائفة أخرى من العلماء ^(٢) : لا يكره تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليه ، وقد احتجوا على ذلك بحديثين :

الحديث الأول: حديث سمرة بن جندب ، وفيه أن النبي ﷺ قال : " الغلام مرتين بعقيقته ينبج عنه يوم السابع ، ويسمى ، ويخلق رأسه " ^(٣).

الحديث الثاني: حديث - سلمان عامر الضبى وفيه أن النبي ﷺ قال " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى " ^(٤)

^(١) فتح الباري : ص ٢٢ - ٢٨٩ ، تور الخواك شح موطأ مالك للسيوطي : ج ٢ - ص ٤٥ - ٤٦ مطبوع مع الموطأ ط عيسى الحلى .

^(٢) فتح الباري : ج ٢٠ - ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ - ص ١٣٥ ، تحفة المودود : ص ٢٨ - ٢٩ .

^(٣) سبق ترجمته .

^(٤) سبق ترجمته :

ووجه الدلالة من هذين الحديثين على عدم كراهة تسمية العقيقة باسمها :
واضح جلي : وهو أن النبي ﷺ قد ذكر العقيقة بلفظها ومعناها ، وهذا
يدل على الإباحة لا الكراهة الأمر الذي يجعلني أميل إلى القول بالقائل :
بعدم كراهة تسمية العقيقة باسمها ، ولا سيما وأن الفقهاء قد أفردوا لها
باب في كل الأمصار بهذا الاسم المتعارف عليه ولو كان الاسم مكروها
لما ذكروها بهذا الاسم ، واستبدلوا بها لفظ النميسة ، أو النبيجة .

المبحث الثاني

حكم العقيدة وفضلها

تعرضت في المبحث الذي سبق ذكره أنفاً لبيان معنى العقيدة واستقائها . والآن وبعد أن فرغت من بيان المعنيين للغوى والاصلاحي للعقيدة ، وحكم تسميتها عقيدة أنقل إلى الحديث عن حكم العقيدة ، وبيان فضلها وفوائدها . فأقول بادئ ذي بدء : اختلف الفقهاء في حكم العقيدة على أربعة أقوال ، ويبدو أن السبب في اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد ^(١) هو تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب الأمر الذي سوف يجعلني أبدأ بذكر هذه الأقوال منسوبة لأصحابها ، ثم أنتي بذكر الأدلة والمناقشة ، وأختتم هذا المبحث ببيان الرأي الراجح . فأقول وبالله التوفيق :

أولاً : أقوال الفقهاء في حكم العقيدة :

القول الأول : وهو أن العقيدة واجبة ، وهو قول : الظاهرية ، والحسن البصري ويترتب على هذا الحكم عندهم جبر الإنسان عليها وقد ذكر الإمام الشوكاني أن هذا القول قال به : الليث بن سعد وأبى الزناد ورواية عن الإمام أحمد ^(٢) .

^(١) بداية المجتهد لابن رشد : ج ١ ص ٤٦٢ .

^(٢) فتح الباري لابن حجر : ج ٢ ص ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ ص ١٣٢ ، المحلى لابن حزم : ج ٨ ص ٥٢٣ ، تحفة المودود : ص ٢٩ - ٣٠ .

القول الثاني: أنها سنة ، وهو قول : الجمهور منهم ابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار إلا أصحاب الرأي^(١).

القول الثالث: أنها مباحة ، وهو قول : الحنفية^(٢) .

القول الرابع: أنها مكروهة ، وهو قول نكره الإمام الكاساني في بدائع نقلا عن صاحب الجامع الصغير حيث قال : " وذكر في الجامع الصغير ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وأنه أشار إلى الكراهة " ^(٣) وبانتفاء قول صاحب البدائع أكون قد فرغت من ذكر أقوال الفقهاء فسي حكم العقيدة ، وجاء الدور على ذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من بعض المآخذ والمناقشات فأقول وبالله التوفيق .

ثانيا : الأدلة والمناقشة :

أولا : أدلة القائلين بوجوب العقيدة ، وكيفية استنباط الحكم منها :

استدل القائلون بوجوب العقيدة وهم الظاهرية ، ومن هذا حنوهم بالسنة ، والآثار .

فأما السنة ، فمنها^(٤)

قوله ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى "

وهذا الحديث يدل على وجوب العقيدة من وجهين :

^(١) المراجع السابقة وانظر : بداية المجتهد لابن رشد : ج ١ - ص ٤٦٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ - ص ١٢٦ ط : عيسى الخلي ، مولعب الخليل للخطاب : ج ٣ - ص ٢٥٥ ط : دار الفكر ، الانصاف للمرادوى : ج ٤ - ص ١٠٠ ، ط : دار الكتاب .

^(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ج ٥ - ص ٦٩ ، ط : دار الكتب العلمية .

^(٣) المرجع السابق .

^(٤) سبق ترجمه .

الوجه الأول: قوله ﷺ في الحديث " مع الغلام عقيقة " وهذا ليس إخبارا عن الواقع بل عن الواجب .

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ أمر بها في قوله " فأهريقوا عنه دما " والأمر للوجوب مالم توجد قرينة تصرفه عنه إلى غيره وليست هناك قرينة تصرفه عنه إلى غيره وبما أنه ليست هناك قرينة إذ يظل هذا الأمر يفيد الوجوب لاسيما وأن جماعة دخلوا على سيدتنا حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة (رضي الله عنها) أخبرتها أن رسول الله ﷺ " أمرهم عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ^(١) وهذا يدل على الوجوب لأن المعنى يجزئ عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ^(٢)

وبناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول: أن الحديث ليس فيه ما يدل على الوجوب لأنها لو كانت واجبة لكان وجوبها معلوما من الدين بالضرورة ولبين النبي ﷺ وجوبها للأمة بيانا عاما كافيا تقوم به الحجة وينقطع معه العذر لأن ذلك مما تدعو إليه الحاجة وتعم به البلوى .

الوجه الثاني: أن الأمر في قوله ﷺ فأهريقوا عنه (دما) ليس للوجوب وإنما هو للندب نظرا لأن النبي ﷺ فوض ذلك إلى المحبة والاختيار وذلك في قوله ﷺ " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " ^(٣) وذلك يقتضى رفع الوجوب وصرف ما أشعر به إلى الندب ^(٤)

^(١) أخرجه الترمذي في سننه : جزء ٩٦ - ٩٧ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

^(٢) نسخة المودود لا في التميم : ٣٢ - ٣٣ .

^(٣) سئل عنه .

^(٤) قيل الأوطار للشوكاني : جزء ١٣٥ ، نسخة المودود لا في التميم : ٣٣ .

٢- قوله ﷺ " الغلام مرتين بعقيقته يذبح عنه يسوم السابغ ، ويسمى ويحلق رأسه ^(١) " .

وجه الدلالة من هذا الحديث على وجوب العقيقة : أن العقيقة لازمة لأبد منها حيث إنه " ﷺ " شبه لزومها للمولود بلزوم الرهن في يد المرتين ^(٢) .

ويجب عن هذا :

بأن الحديث ليس فيه ما يدل على لزوم العقيقة ، لأن قوله ﷺ " الغلام مرتين بعقيقته إنما هو في الشفاعة ، ومعناه : أنه محبوس عن الشفاعة في أبويه ، وظاهرة الحديث يدل على أنه رهينة في نفسه ممنوع محبوس عن خير يراد به ، ولا يلزم من ذلك أن يعاقب على ذلك ^(٣) " .

وأما الآثار فمنها :

ما أخرجه ابن حزم عن بريده الأسلمي أنه كان يشبه العقيقة بمن حيث وجوبها بالصلاة ، ويقول إن الناس يعرضون يوم القيامة على العقيقة كما يعرضون على الصلوات الخمس ، وهذا يدل على وجوب العقيقة ^(٤) .

^(١) سبق تخريجه .

^(٢) فتح الباري لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، نيل الأوطار للشوكان ج ٥ ص ١٣٣ .

^(٣) زاد المعاد لابن القيم : ج ٢ ص ٢٠ ط : المكتبة التوفيقية .

^(٤) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، المحلى لابن حزم : ج ٧ ص ٥٢٥ .

وينافض هذا الأثر من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن تشبيه العقيدة بالصلاة تشبيه مع الفارق ، لأن الصلاة لها منزلة في الإسلام عظيمة لا تعلوها منزلة أية عبادة أخرى فهي عماد الدين الذي لا يقوم إلا به ، ولذا فإن من أقامها فقد أقام الدين ، ومن هدمها فقد هدم الدين وهي أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صلحت صلح سائر العمل ، وإن فسدت ردت ورد سائر العمل ولهذا كان صحابة النبي ﷺ لا يرون شيئا من الأعمال تركه كفر إلا الصلاة ، وذلك بخلاف العقيدة فإنها وإن كانت شرعت شكر الله وإظهارا لنعمته إلا أنها لا ترقى إلى مستوى الصلاة حتى تشبه بها .

الوجه الثاني : أن الأدلة التي تدل على وجوب الصلاة أجل من أن تحصى وذلك بخلاف العقيدة فإنه لم يرد فيها دليل واحد يدل على وجوبها .

الوجه الثالث : أن دعوى العرض يوم القيامة على العقيدة بخصوصها دعوى لا أساس لها من الصحة على الإطلاق ، لأن الناس حينما يعرضون على الله يوم القيامة للحساب وتقرير الأعمال فإنهم يعرضون على الله بجميع أعمالهم مآثرها منها ومآبطن ، وما كان واجبا منها وغير واجب .

ثانيا : أدلة القائلين بسنية العقيدة :

لأصحاب القول الثاني القائل : بسنية العقيدة وهم الجمهور ، ومن نحا نحوهم في إصدار هذا الحكم مستند قوى يتمثل في الأخذ بالسنة القولية ، والفعلية والقياس .

ثأما السنة القولية :

فمنها ما أخرجه الإمام مالك في موطنه عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال حينما سئل عن العقيدة ؟ لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل ^(١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي ﷺ علق ذبح العقيدة على الرغبة والمحبة وذلك يقتضى النذب . وعدم الوجوب .

وأما السنة الفعلية فمنها :

ماروى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ علق عن الحسن والحسين كبشا كبشا " ^(٢)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : واضح جلى وهو أن النبي ﷺ فعل ذلك بنفسه فكان ذلك دليلا على سنيتها .

وأما المعقول فمنه :

١- أن وليمة النكاح مسنونة ومقصودها طلب الولد فكان ولادة الولد أولى بأن يكون الإطعام فيه مسنونا .

٢- أن العقيدة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنايه ولا نذر ولما كانت الأضحية مندوبة كانت العقيدة مندوبة كذلك.

^(١) سبق ترجمته.

^(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٣ ص ٣٠ : دار الكتب العلمية بيروت ، وأخرجه السلي في سننه : ج ٣ ص ٧٥

ط : دار الكتب العلمية .

ثالثاً : أملة القائلين بأن العقيقة مباحة :

استدل القائلون بأن العقيقة مباحة وهم أصحاب الرأي بما يلي :

أولاً : قوله ﷺ حينما سئل عن العقيقة ، فقال : " إن الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة " (١)

وهذا ينفي كون العقيقة سنة لأنه ﷺ علق اللق بالمثينة وهذا أمانة الإباحة (٢)

ويجاب عن هذا :

بأنه لامنافاة بين التفويض إلى الاختيار وبين كون الفعل الذي وقع فيه التفويض سنة (٣)

ثانياً : ماروى عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين أنه قال : " نسخ الأضحى كل ذبح كان قبله " (٤) وهذا الحديث كما يقول أصحاب الرأي : يدل على أن العقيقة كانت في الجاهلية ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية ، وفي هذا تقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها * : " نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها ، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله " (٥) والظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله

(١) أخرجه أبو داود و الترمذي .

(٢) مطالع الصنائع للكبائر : ج ٥ ص ٦٩ ط : دار الكتب العلمية .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ ص ١٣٢ .

(٤) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ ، المحلى : ج ٧ ص ٥١٠ .

(٥) فتح الباري لابن حجر : ج ٢٢ ص ٢٢ ، مطالع الصنائع للكبائر : ج ٥ ص ٦٩ .

ﷺ لأن إنتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد ، ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ .

ويجيب عن هذا بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن هذا الحديث لاحجة فيه لأنه قول محمد بن علي وفي سنده ضعف كما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر .

الوجه الثاني : أن النسخ لا يثبت الاحتمال ، وإنما لابد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

الوجه الثالث : أننا لو سلمنا لكم القول بأن الأضحية نسخت كل دم كان قبلها إلا أننا نقول : إنها كانت واجبة ثم نسخ وجوبها فيبقى الاستحباب كما جاء في صور عاشوراء وفي كل صدقة من الصدقات^(١) .

رابعاً : أدلة القائلين بأنما مكروهة :

استدل القائلون بأن العقيدة مكروهة بما يلي :

أولاً : ماوراه الإمام في الموطأ عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه أنه قال : " سئل رسول الله ﷺ عن العقيدة فقال : لا أحب العقوق وكأنه إنما كره الاسم وقال : من ولد له ولد فلحِب أن ينسك عن ولده فليفعل " ^(٢)

^(١) فتح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ .

^(٢) ج ٢ ، ص ٤٥ .

وجه الدلالة منه على كراهة العقيقة : واضح جلي ، وهو قول النبي ﷺ " لا أحب العقوق " .

ويجاء عن هذا : بأن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيقة بل آخر الحديث يثبتها وإنما غايته أن يؤخذ منه أن الأولى أن تسمى نسيكة أو ذبيحة ولا تسمى عقيقة ^(١)

ثانياً : ما أخرجه البيهقي في سننه أن النبي ﷺ قال : "إن اليهود تعق عن الغلام ولا تعق عن الجارية" ^(٢) وهذا الحديث يدل على كراهة العقيقة لكونها من فعل أهل الكتاب ، وقد أمرنا بمخالفتهم .
ويجاء عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن العقيقة ليست من فعل أهل الكتاب ، وإنما الذي من فعلهم تخصيص الذكر بالعقيقة دون الأنثى كما دل عليه لفظ الحديث وحتى لو سلمنا جدلاً - أنها من فعل أهل الكتاب - فليس في هذا ما يدل على كراهتها لأننا لم نؤمر بمخالفة أهل الكتاب في كل ما يقولونه ويفعلونه وإنما أمرنا فقط بمخالفتهم فيما ورد فيه نص ثابت عن رسول الله ﷺ بل القاعدة : أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ وليس هناك ناسخ فيبقى الحكم على ما هو عليه وهو أن العقيقة سنة ، وليسست مكروهة .

الجواب الثاني : أن الحديث يدل بمقتضى مفهوم المخالفة على أن العقيقة سنة وأن السنة فيها شاتان عن الغلام ، وشاة عن الجارية ، يدل

^(١) صح الباري : ج ٢٠ ص ٢٩٢ .

^(٢) ج ٩ ص ٣٠٢ .

عليه قول النبي ﷺ في آخر الحديث : " ففحقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " .

ثالثاً : ما روى عن فاطمة الزهراء " رضى الله عنهما " ، أنها لما ولدت الحسن بن علي أرادت أن تعق عنه بكبشين فقال لها رسول الله ﷺ :
" لاتعق عنه ، ولكن احلقى رأسه فتصدقى بوزنه من الورق فلما ولدت الحسين فعلت مثل ذلك " (١)

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبي ﷺ " نهى فاطمة رضى الله عنها " أن تعق عن الحسن فلما ولدت الحسين لم تعق عنه أيضا فدل ذلك على كراهة العقيدة
ويجيب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : إن إسناد هذا الحديث ليس بمتصل ، لأن فيه جعفر بن محمد بن علي بن الحسين وهو لم يدرك علي بن أبي طالب (٢)

الجواب الثاني : أن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيدة ، لأن قول النبي ﷺ " لاتعق عنه " لو صح فإنه لا يدل على كراهة العقيدة وإنما يدل على أنه ﷺ أحب أنه يتحمل العقيدة عنها ولذا فإنه قال لفاطمة : " لاتعق عنه " وقد عق (صلوات الله وسلامه عليه) عن الحسن والحسين (رضى الله عنهما) وكفاها المؤنة (٣)

(١) أخرجه الترمذى في سننه : ج ٤ ص ٩٩ لمط : عن رسول الله ﷺ عن الحسن بنه وائل بن أمة احلق رأسه ، وتصدقى برنه شعرة فضة .

(٢) سنن الترمذى : ج ٤ ص ٩٩ بتحقيق الشيخ إبراهيم عطوة

(٣) نسخة المودود بأحكام المولود : ص ٢٥ .

رابعاً : أن العقيدة كانت فضلاً ، ومتى نسخ الفضل لا يبقى إلا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فإنهما كانا من الفرائض ، لا من الفضائل فإذا نسخت منهما الفريضة يجوز التنقل بهما ^(١) ويجب عن هذا : بما سبق ذكره من أن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، وإنما لابد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

ثالثاً : الرأي الراجح :

بعد هذا العرض الذي قدمناه من ذكر أقوال الفقهاء ، وسرد أدلتهم بالتفصيل والتوضيح أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو الرأي القائل : بأن العقيدة سنة وذلك لما يلي :

أولاً : قوة أدلتهم وعلى رأسه هذه الأدلة قول النبي ﷺ حينما سئل عن العقيدة " لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل " وهذا يدل على أنه ﷺ " كره الاسم وندب إلى الفعل بدليل أنه " صلوات الله وسلامه عليه " عق عن الحسن والحسين وقال في الحديث الذي معنا " من أحب أن ينسك عن ولده فليفعل "

ثانياً : ضعف ما استدل به أصحاب القول القائل بعدم سنية العقيدة حيث إنهم قد استدلوا بأدلة لا ترقى إلى مستواها الدلالي على المطلوب ولذا فقد رددت على كل دليل منها على حدة بما يضعف مذهبهم ويؤيد مذهب القائلين بسنية العقيدة .

^(١) ينابيع الصالح للكاسان : ج ١ ص ٦٩ .

ثالثاً : أن العقيقة كما يقول العلامة ابن القيم حينما شرعت فإنها شرعت شكراً لله وإظهاراً لنعمته التي هي غاية المقصود من النكاح ، فلذا شرع الإطعام للنكاح الذي هو وسيلة إلى حصول هذه النعمة فلأن تشرع عند الغاية المطلوبة أولى وأحرى^(١) وغير مستبعد في حكمة الله في شرعه وقدّر أن تكون العقيقة سبباً لحسن إنبات الولد، ودوام سلامته وطول حياته في حفظه من ضرر الشيطان حتى يكون كل عضو منها فداً كل عضو منه . ومن فوائدها التي تعود بالخير على المولود أنها تفك رهانة ، وهي في نفس الوقت فدية يفي بها المولود كما فدى الله سبحانه وتعالى - إسماعيل الذبيح بالكبش^(٢)

ولعلني بهذا أكون قد جمعت بين الحسنيين

إحداهما : ترجيح رأى من قوى دليلهم وهم الجمهور .

ثانيهما : بيان حكمة المشرع من مشروعية العقيقة .

والآن وبعد أن فرغت من بيان موقف الفقهاء من العقيقة أنتقل إلى

الحديث عن المقدار الذي يعق به الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق .

^(١) نعمة المردود : ص ٣٩ - ٤٠ .

^(٢) المرحع السابق

المبحث الثالث

المقدار الذي يعق به عن الذكر والأنثى

سوف أتكلم في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية ، ولكن يجدر بنا قبل الحديث عن هذه المسألة أن ننبه القارئ إلى أن العقيقة سنة عن الجارية كما هي سنة عن الغلام ، وهذا هو قول جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين ^(١) ولم يشذ عن هذا القول إلا الحسن البصري ، وقتادة حيث قالوا : بعدم العقيقة عن الجارية ، ولم أر لهما دليلا يحتجان به ويعتمدان عليه غير قولهما : بأن الغلام في قوله النبي ﷺ " مع الغلام عقيقة " اسم للذكر دون الأنثى .

وكذلك قولهما : بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة ^(٢) ويجب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أنه ليس في هذا الكلام ما يدل من قريب أو بعيد على التفرقة في هذا الحكم بين الجارية والغلام ، لأن العقيقة كما شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد فإنها شرعت أيضا شكرا للنعمة الحاصلة بالبنات وكيف لا تكون البنات نعمة وهي هبة الواهب ، والواهب يهب لمن يشاء إنثاء ويهب لمن يشاء الذكور ، فالولد والبنات كلاهما نعمة من الله

^(١) المذهب الشافعي : ج ١ ص ٣٢١ ، المغني لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢١ ، تحفة المودود لابن القيم

ص ٣٧/٢٩ .

^(٢) لمراجع السابقة .

يسر بهما المؤمن ، ويشكر عليها الواهب ، فالقول بأن العقيقة شُرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد دون البنت قول يأباه العقل ويرفضه فضلا عن الشرع ، لاسيما وأن سيدنا رسول الله ﷺ قد بين لنا أن الله - سبحانه وتعالى - قد يجعل البنت سترا لأبيها من النار ما دلم قد أحسن أبها وتربيتها حيث قال : " من يلى من هذه البنات شيئا فأحسن إليهن كن له سترا من النار " (١)

الجواب الثاني: أن قول النبي ﷺ : " مع الغلام عقيقة " ليس فيه ما يدل على عدم العقيقة عن الجارية ، وإنما هو من باب تغليب الذكر على الأنثى فى الأحكام التى تستوى فيها المرأة مع الرجل . الأمر الذى يجعلنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة سنة فى حق الجارية كما هى سنة فى حق الغلام وذلك لما يلى :

أولا : قول النبي ﷺ حينما سئل عن العقيقة ؟ فقال : نعم عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة لا يضرركم ذكرانا كن أو إناثا " (٢)

ثانيا : قوله ﷺ أيضا : " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " (٣)

ثالثا : قول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) أمرنا رسول الله ﷺ أن نعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية شاة " (٤)

(١) أخرجه من حديث أخرجه البخارى فى صحيحه : ج ٢٢ ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

(٢) أخرجه الترمذى فى سننه : ج ١ ص ٩٨ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

(٣) سبق تفرجه .

(٤) سبق تفرجه .

وهذه النصوص الصريحة تدل دلالة واضحة وبما لا يدع مجالا للشك أو المحاوراة على أن العقيقة سنة عن الجارية كما هي سنة عن الغلام .

والآن وبعد أن تبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل : بسنية العقيقة سواء عن الجارية أو الغلام ، وضعف مذهب الحسن البصري ومن هذا حذوه ننتقل إلى الحديث عما قصدناه في هذه المبحث وهو المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق :

لقد أجمع الفقهاء كما يقول الإمام الشوكاني ^(١) : على أن السنة في العقيقة عن الجارية شاة واحدة ، والأصل في هذا قول النبي ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ، وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على مقدار العقيقة بالنسبة للأنثى نجدهم قد اختلفوا في مقدارها بالنسبة للذكر وذلك على قولين :

القول الأول : وبه قال : ابن عباس ، وعائشة ، والشافعي ، وإسحاق وأبو ثور ، وأحمد ويرى أصحابه : أن السنة في العقيقة عن الذكر شاتان ^(٢) وقد استكلوا على ذلك بما يلي :

^(١) نيل الأوطار للشوكان : ج ٤ ص ١٣٤ .

^(٢) لمرجع السابق ، حاشية الدروري على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٥ ، للذهب : ج ١ ص ٣٢١ ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للطبيب الشيرازي : ج ٢ ص ٢٨٣ ، ط : عيسى الحلبي ، المفتي لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٠ ، الإيضاح في معرفة الرائج من الخلاف للمرداوي : ج ٤ ص ١٠٠ ، ط : دار الكتب العلمية .

أولاً : قوله ﷺ في حديث أم كرز حينما سألته عن العقيدة ؟ فقال عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة ولا يضركم ذكرانا كن أم إناثاً ^(١) .

ثانياً : ما روى أن جماعة دخلوا على حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيدة فأخبرتهم أن عائشة (رضي الله عنهما) أخبرتها أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ^(٢) .

ثالثاً : ما أخرجه البيهقي في سننه عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ قال " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة " ^(٣) .

وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على أن السنة في العقيدة عن الذكر إنما تكون بشاتين .

د- ويحتمل على هذا :

بأن أمره ﷺ بالعق عن الغلام بشاتين إنما هو من باب الزيادة في القرية لا لتوقف حصول النذب عليه بذليل اقتصاره ﷺ على ساة حين عق عن الحسن والحسين ^(٤) .

ويجيب عن هذا :

بأن حديث الشاة في عقيدة النبي ﷺ عن الحسن والحسين من فعل النبي ﷺ ، وأحاديث الشاتين من قوله ، ودلالة القول أرجح من دلالة الفعل ، لأن قوله ﷺ عام وفعله يحتمل الاختصاص .

^(١) سبق ترجمته .

^(٢) أخرجه الترمذي في منه : ج ٤ ص ٩٧ .

^(٣) ج ٩ ص ٣٠٢ .

^(٤) الفواكه الموال في شرح رسالة القزويني لابن مها الشراوي : ج ١ ص ٤٦٠ ض : مصطفى الخلفي .

القول الثاني: وهو أن الذكر والأنثى في ذلك سواء ومعنى هذا : أن العقيدة عن الذكر وإنما تكون بشاة واحدة ، ولم يقل بهذا الرأي من فقهاء الصحابة ، وأئمة المذاهب فيما أعلم إلا سيدنا عبد الله بن عمر (رضى الله عنهما) وإمام دار الهجرة ^(١) وقد احتجوا على ذلك بما روى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عَقَّ عن الحسن بشاة وعن الحسين كذلك " ^(٢) وهذا الحديث يدل على الاستواء بين الذكر والأنثى ، وعدم التفصيل بينهما .

ويجاب على هذا :

بأن الحديث لا حجة فيه لوجوه .

الوجه الأول : ما روى عن أم كرز أنها قالت : أتيت رسول الله ﷺ أسأله عن لحوم الهدى ؟ فسمعتة يقول : " عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شلة لا يضركم نكرنا كانت أم إناثا " ^(٣) ولا خلاف في أن مولد الحسن (رضى الله عنه) كان عام أحد ، وأن مولد الحسين (رضى الله عنه) كان في العام الثاني له وذلك قبل الحديبية بسنتين فصار الحكم لقوله ﷺ المتأخر لالفعله المتقدم .

الوجه الثاني : أن أحاديث الشاتين مشتملة على الزيادة فهي من هذه الحيثية أولى بالقبول والزيادة من العدل لا يحل تركها .

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ ، بداية الفتح لابن رشد : ج ١ ص ٤٦٣ ، المحلى لابن

حزم : ج ٧ ص ٥٣٠ - ٥٣١ ، نخبة المودود لابن القيم : ص ٣٧ .

^(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٣ ص ١٠٧ .

^(٣) أخرجه النسائي في سننه : ج ٧ ص ١٦٥ .

الوجه الثالث : أن قصة الحسن والحسين يحتمل أن يراد بها جنس المذبوح وأنه من الكباش لا تخصيصه بالواحد كما قالت عائشة (رضى الله عنها) ضحى رسول الله ﷺ عن نسائه بقرة وكن تسعا ومرادها الجنس لا التخصيص بالواحدة .

الوجه الرابع : أن في اقتضاره ﷺ على شاة دليل على أن الشاتين مستحبة وليست بمتعينة ، والشاة جائزة غير مستحبة ^(١) .

ويرى العلامة ابن القيم في كتابة تحفة المودود بأحكام المولود ^(٢) وهو بصدد الحديث عن تفاضل الذكر والأنثى فيها : أنه لاتعارض بحمد الله تعالى بين أحاديث التفضيل بين الذكر والأنثى . وبين حديث ابن عباس في عقيقة الحسن والحسين فإن حديثه قد روى : بلفظين أحدهما : أنه عق عنهما ﷺ كبشا كبشا . والثاني : أنه عق عنهما كبشين ، ولعل الراوى أراد كبشين من كل واحد منهما فاقصر على أحد الكبشين من النبي ﷺ ، والثاني من فاطمة وبهذا تتفق الأحاديث . ولهذا فإننى أرى أن رأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة عن الذكر إنما تكون بشاتين ، فإن عق بشاة واحد جاز ذلك ولا يستحب ، لأن العقيقة حينما شرعت فإنما شرعت للسرور بالمولود ، وبما أن السرور بالغلام يكون أكثر لذا فإن الذبح عنه يكون أكثر ، وتلك قاعدة الشريعة فإن الله سبحانه وتعالى فاضل بين الذكر والأنثى وجعل الأنثى النصف

^(١) نيل الأوطار للشركان : جـ ١ ص ١٣٤ ، بداية العهد لابن رشد : جـ ١ ص ٤٦٣ ، المحلى لابن حزم : جـ ٧

ص ٥٣٠ - ٥٣١ .

^(٢) ص ٣٨ .

من الذكر في الموارِيث ، والديّات ، والشهادات ، والعنق ولهذا قال النبي ﷺ : " أيما امرئ مسلم أعتق مسلما كان فكاكه من النار يجرى كل عضو منه عضوا منه ، وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجرى كل عضو منهما كل عضو منه " ^(١) فجرت المفاضلة في العقوبة هذا المجرى لو لم يكن فيها سنة ، كيف والسنن الثابتة صريحة بالتفصيل .

^(١) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ١١٧ - ١١٨ .

المبحث الرابع

مايجزئ في العقيقة من النعم

سوف أتكلم في هذا للمبحث - إن شاء الله تعالى - عن جنس العقيقة ، وسنها وذلك بعد أن يسر الله لنا الحديث عن المقدار الذي ينبغي علينا أن نعق به عن الغلام والجارية وذلك فيما إذا كانت العقيقة من الضأن حيث أجمع الفقهاء على جواز العقيقة بالضال مستلين على ذلك بقول النبي ﷺ " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " وقد تناولنا هذه المسألة بشئ من التفضيل والتوضيح فارجع إليها إن شئت .

أما إذا كانت العقيقة من بهيمة الأنعام لكنها لم تكن من الضأن بل كانت من الإبل أو البقر فما للحكم في ذلك هل يجزئ فيها ما يجزئ في الغنم أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال الذي فرض نفسه علينا في هذا المقام أقول وبالله التوفيق .

ذهب جمهور الفقهاء ^(١) إلى القول : بأن العقيقة تجزئ بالأبل أو البقر ، أو بأي نوع من الأزواج الثمانية ، وقد استدلوا على ذلك بالسنة ، والقياس

فأما السنة : فقوله ﷺ : " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دماً ^(٢) .

^(١) نيل الأوطار للشوكاني : جده ص ١٣٨ ، مدائع الصنائع للكاساني : جده ص ٩٦ ، حاشية الذشوقي على الشرح الكبير : جده ٢ ص ١٢٦ ، بداية المجتهد لايد رشد : جده ١ ص ٤٦٣ ، تحفة المودود لاسن القيم : ص ٤٨ .

^(٢) سبق غرضه .

ووجه الدلالة منه على جواز العقيدة بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل، أو البقر، أو الغنم) : واضح جلى وهو أن النبى ﷺ لم يذكر دما دون دم وهذا يدل على أن كل ما ينبج عن المولود على ظاهر هذا الخبر فإنه يجرى ما دام من بهيمة الأنعام .

ويعترض على هذا الحديث : بأنه مجمل ، وقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة " مفسر ، والمفسر أولى من المجمل ^(١)

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن مجرد ذكرها لا ينفى إجزاء غيرها .

الجواب الثانى : أن تخصيص الشاة بالذكر فى الحديث لبيان الأفضل والأيسر .

٢- ماروى عن أنس مرفوعا أنه قال : يعق عنه من الإبل ، والبقر ، والغنم " ^(٢) وهو نص صريح فى إجزاء الإبل والبقر .

وأما القياس : فهو أن العقيدة نسك فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا ^(٣) .

٢- بينما ذهب ابن حزم أنه لا يجرى فى العقيدة إلا ما يطلق عليه اسم شاة إما من الضأن ، وإما من المعز ، وهو قول : حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر كما نقله عنها ابن المنذر ^(٤) ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " .

^(١) المحلى لابن حزم : ج ٧ ص ٢٧٧ .

^(٢) أخرجه الطبرانى .

^(٣) بداية المجتهد لأبى رشد : ج ١ ص ٤٦٣ .

^(٤) نيل الأوطار للشوكانى : ج ١ ص ١٣٨ ، نكتة الفوائد لأبى القاسم : ص ٤٨ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث على عدم جواز العقيدة بغير الشاة : ذكرها في أحاديث العقيدة دون غيرها (١) .

ويجاب عن هذا :

بأن مجرد ذكرها في بعض الأحاديث لا ينفي إجزاء غيرها ولعله لبيان الأفضل فيها والأيسر ومن هنا فإنني أرى أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل : بأن العقيدة تجزئ بأن جنس من الأجناس الثلاثة ، ويدخل في كل جنس نوعه والذكر والأنثى منه ، وذلك قياساً على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولا نذر فكما أن الأضحية تجزئ بغير الضأن من الإبل ، أو البقر فكذلك العقيدة . بيد أن الضأن فيها أفضل من غيره نظراً لطيب اللحم ، ولأن النبي ﷺ عق به ولا يفعل (صلوات الله وسلامه عليه) إلا الأفضل ولو علم الله خيراً منه لفدى به إسماعيل (عليه السلام) . هذا وينبغي علينا أن نلاحظ أن أصحاب هذا القول وإن كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على جواز العقيدة بالإبل والبقر إلا أنهم اختلفوا في حكم الاشتراك فيهما على قولين:

القول الأول : أنه يجوز اشتراك سبعة في الإبل ، أو البقر قياساً على الأضحية وهو قول : الرافعي (٢)

القول الثاني : أنه لا يصح الاشتراك فيها بل تشترط أن تكون بدنسة ، أو بقرة كاملة ، وهذا هو قول : الإمام أحمد (٣) . وهو الرأي الراجح كما

(١) نيل الأوطار : ج ٥ ص ١٣٨ .

(٢) المرجع السابق ، وانظر المجموع شرح المهذب للنووي : ج ٤ ص ٤٠ ، ط دار الفكر للطباعة والنشر /

والإنصاف في معرفة الرافع من الخلاف للردفوي : ج ٤ ص ١٠٤ .

(٣) للمرجعين السابقين

يرى العلامة ابن القيم معللاً ترجيحاً له بقوله : إن هذه الذبيحة جارية مجرى فداء المولود لذا كان المشرع فيها دماً كاملاً لتكون نفس فداء نفس.

ولو صح الاشتراك فيها لما حصل المقصود من إراقة الدم عن الولد ، فإن إراقة الدم تقع عن واحد ، ويحصل لباقي الأولاد إخراج اللحم فقط ، والمقصود نفس الإراقة عن الولد اتباعاً لمنة النبي ﷺ وسنة النبي ﷺ أحق وأولى أن تتبع ^(١) وقد شرع ﷺ في العقيدة عن الغلام بيمين مستقلين لا يقوم مقامها جزورة ولا بقرة .

وأما سننها :

فقد اتفق الفقهاء على جواز العقيدة بالمسنة ^(٢) لقول النبي ﷺ : " لا تنبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتنبحوا جذعة من الضأن " ^(٣) واختلفوا في الجذع ^(٤) من الضأن على قولين :

^(١) تنفة المولود لآل القيم : ص ٤٧ .

^(٢) بل الأوطار للشوكان : ح ١١٣ ، الفقه الإسلامي وأدلة للذكور / روضة الرحلى : ح ٣ ص ٦١٤ / ط : دار الفكر ، والمسنة : هي التبة من كل شيء من الإبل ، والفر ، والغنم ، ويكون ذلك في انحر وإخلاف في السنة الثالثة ، وفي الإبل في السنة السادسة انظر : مختار الصحاح للرازي : ص ٨٨ ، نيل الأوضار للشوكان : ح ١١٣ .

^(٣) أخرجه مسلم في صحيحه : ح ٧ ص ١١٧ ، ط : دار الريان للتراث ، وأخرجه ابن ماجه في سننه : ح ٢ ص ٢٧ .

^(٤) الجذع من الضأن : ما له سنة تامة وهذا هو المشهور عند أهل اللغة ، وجمهور أهل العلم من غيره ، ولولد الفرس والحافر في السنة الثالثة ، ولإبل في السنة الخامسة . انظر : مختار الصحاح للرازي : ص ٩٧ ، نيل الأوطار للشوكان : ح ١١٣ .

القول الأول: أنه لايجزئ الجذع لا من الضأن ، ولا من غيره وهو قول ابن عمر ، والزهرى ^(١) ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ " لا تنبحوا إلا مسنة " .

ووجه الدلالة منه على عدم العقيدة إلا بالمسنة : أن النبي ﷺ نهى عن التضحية بما عدا المسنة مما دونها ، وهذا تصريح بأنه لايجزئ إلا إذا عسر على العاق وجود المسنة .

ويجاب عن هذا :

بأن الحديث محمول على الاستحباب وتقديره : يستحب لكم أن لا تنبحوا إلى مسنة فإن عجزتم فجذعة ضأن ، وليس فيه تصريح بمنع جذعة الضأن وأنها لا تجزئ بحال ^(٢) .

فإن قال لنا قائل : لابد من مقتص للتأويل المذكور قلنا : حديث أبي هريرة ، وما بعده والذي سوف يأتي في أدلة الجمهور يصلح لجعله قرينة مقتضية للتأويل فيتعين المصير إليه لذلك ^(٣) .

القول الثاني: أن الجذع من الضأن يجزئ ، وهذا هو قول الجمهور / وقد قال الإمام النووي : مذهب العلماء كافة : أنه يجزئ سواء وجد غيره أم لا ^(٤) وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

أولا : قوله ﷺ : " نعمت الأضحية الجذع من الضأن " ^(٥) .

^(١) المرجع السابق .

^(٢) المرجع السابق .

^(٣) المرجع السابق .

^(٤) المجموع للنووي : ج ٤ ص ٤٠٩ ، روضة الطالبين للنووي : ج ٣ ص ٤٩٩ .

^(٥) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ٨٧ .

ثانياً : ماروى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال :
"يجوز الجذع من الضأن ضحية ^(١)"

ثالثاً : ماروى عن مجاشع بن سليم أن النبي ﷺ كان يقول : " إن الجذع
يوفى مما توفي منه الثنية ^(٢)"

ويعترض عليه : بأن فى إسناده عاصم بن كليب ، وقد قال عنه ابن
المدينى : لا يحتج به إذا انفرد .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أحمد قال عنه : لا بأس به ، وقال أبو حاتم
الرازى عنه : إنه رجل صالح ، وقد أخرج له الإمام
مسلم فى صحيحه ^(٣) .

رابعاً : ماروى عن عقبة بن عامر أنه قال : ضحينا مع رسول الله ﷺ
بالجذع من الضأن ^(٤) وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة وبما
لا يدع مجالاً للشك أو الخلاف على جواز التضحية والعقيقة
بالجذع من الضأن، ومن هنا فإننى أرى أن رأى الراجح فى هذه
المسألة هو رأى الجمهور القائل : بجوار العقيقة بالجذع من
الضأن ، لأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما نسك
وهذا يدل على أنه يجرى فيها ما يجرى فى النسك سواء من
الضحايا أو الهدايا ، ولأنه ذبح مسنون إما واجبا وإما استحبابا
يجرى مجرى الهدى ، والأضحية فى الصدقة ، والهدية والتقرب

^(١) أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج ٢ ص ٢٧٥ ط : دار الخيل - لبنان .

^(٢) أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج ٢ ص ٢٧٥ ط : دار الخيل - لبنان .

^(٣) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١١٤ .

^(٤) أخرجه النسائى فى سننه : ج ٣ ص ٥٧ ط : دار الكتب العلمية - بيروت

إلى الله تعالى فاعتبر فيها المن الذي يجزئ فيهما ولأنه شرع بوصف التمام والكمال ، ولهذا شرع في حق الغلام شاتان وشرع أن تكونا متكافئتين لا تنقص إحداهما عن الأخرى فاعتبر أن يكون سنهما من الذبائح المأمور بها ، ولهذا جرت مجراها في عامة أحكامها^(١)

(١) تحفة المودود لأبي التميم : ص ٤٠ .

المبحث الخامس وقت العقيقة

أجمع القائلون بمشروعية العقيقة على استحباب نبحها يوم السابع^(١) لقول النبي ﷺ : " الغلام مرتين بعقيقته ، ينبح عنه يوم السابع ويسمى ، ويحلق رأسه "^(٢) وقول أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) " عَق رسول الله ﷺ عن حسن وحسين يوم السابع ، وسماها ، وأمر أن يعاط عن رؤوسهما الأذى "^(٣) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين الشريفين على استحباب نبح العقيقة يوم سابع ولادة المولود : واضح جلي وهو ثبوت ذلك بالسنة القولية ، والفعلية ، والحكمة من ذلك كما يقول العلامة ابن القيم في كتابة: تحفة المودود بأحكام المولود^(٤): أن الطفل حين يولد يكون أمره مترددا بين السلامة والعطب ، ولا يدرى هل هو من أمر الحياة أولا إلى أن تأتي عليه مدة يستدل بما يشاهد من أحواله فيها على سلامة بنيته وصحة خلقته وأنه قابل للحياة ، وجعل مقدار تلك المدة أيام الأسبوع فإنه دور يومي ، كما أن السنة دور شهري . هذا هو الزمان الذي قدره الله

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٦ ، المجموع شرح للمذهب للنووي : ج ٨ ص ٤١١ ، روضة الطالبين للنووي : ج ٣ ص ٤٩٧ ، المعى لاسن قلادة : ج ١١ ص ١٢١ ، الأنصاف في معرفة الرابح من الخلاف للردفوي : ج ٤ ص ١٠١ .

^(٢) سبق ترجمته .

^(٣) أخرجه البيهقي في سننه بلفظ : عَق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين وحلق شعورهما وتصدقت فاطمة بزنته فضة :

ص ٢٠٠

^(٤) ص ٥٦ - ٥٧ .

يوم خلق السموات والأرض وهو تعالى خص أيام تخليق العالم بستة أيام وكنى كل يوم منها اسماً يخصه به ، وخص كل يوم منها بصنف من الخليقة أوجده فيها وجعل يوم إكمال الخلق واجتماعه ، وهو يوم اجتماع الخليقة مجمعا وعيدا للمؤمنين يجتمعون فيه لعبادته وذكره والثناء عليه وتحميده وتمجيده والتفرغ من أشغال الدنيا لشكره والإقبال على خدمته ، وذكر ما كان في ذلك اليوم من المبدأ وما يكون فيه من المعاد ، وهو اليوم الذي استوى فيه الرب (تبارك وتعالى) على عرشه ، واليوم الذي خلق الله فيه أبانا آدم واليوم الذي أسكنه فيه الجنة ، واليوم الذي أخرجه منها واليوم ينقضى فيه أجل الدنيا وتقوم الساعة وفيه يجيء الله (سبحانه وتعالى) ويحاسب خلقه ، ويدخل أهل الجنة منازلهم ، وأهل النار منازلهم. والمقصود أن هذه الأيام أول مراتب العمر ، فإذا استكملها المولود انتقل إلى المرتبة الثانية وهي الشهور ، فإذا استكملها انتقل إلى الثالثة وهي السنين فما نقص عن هذه الأيام فغير مستوف للخليقة ، وما زاد عليها فهو مكرر يعاد عند ذكره اسم ما تقدم من عدده ، فكانت الستة غاية لتمام الخلق وجمع في آخر اليوم السادس منها فجعلت تسمية المولود وإمطاة الأذى عنه وفديته وفك رهانه في اليوم السابع كما جعل الله (سبحانه وتعالى) اليوم السابع من الأسبوع عيدا لهم يجتمعون فيه مظهرين شكره ونكره " فرحين بما آتاهم الله من فضله^(١) من تفضيله لهم على سائر الخلائق المخلوقة في الأيام قبله فإن الله (سبحانه وتعالى) أجرى حكمته بتغيير حال العبد في كل سبعة أيام وانتقاله من حال إلى

^(١) جزء من الآية : ١٧٠ من سورة آل عمران .

حال ، فكان السبعة طورا من أطواره وطبقا من أطباقه . ولهذا تجد المريض تتغير أحواله في اليوم السابع ولا بد إما إلى قوة وإما إلى انحطاط ولما اقتضت حكمته (سبحانه) ذلك شرع لعباده كل سبعة أيام يوما يرغبون فيه إليه يتضرعون إليه ويدعونه فيكون ذلك من أعظم الأسباب في صلاحهم وفي معاشهم ومعادهم ودفع كثير من الشرور عنهم " فصبجان من بهرت حكمته العقول في شرعه وخلقه "

هذا وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على استحباب ذبح العقيقة يوم السابع نجدهم قد اختلفوا في حكمها بالنسبة لمن ذبح قبله أو بعده وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول وبه قال : الإمام مالك في رواية عنه وهو أن العقيقة مؤقته باليوم السابع ^(١) ومعنى هذا أنه إن ذبح قبله لم يقع الموقع ، وأنها تقوت بعده ، وقد نقل صاحب البحر عن الإمام يحيى : أنها لاتجزئ قبل السابع ولا بعده إجماعا ^(٢) وقد استدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ : " كل غلام مرتين بعقيقته يذبح عنه يوم السابع " وفيه دليل على أن وقت العقيقة هو سابع الولادة ، وأنها تقوت بعده وتسقط إن مات قبله ^(٣) .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول: أن دعوى الإجماع مجازفة لما ورد من الخلاف المنكور ^(٤)

^(١) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١٣٣ ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، مواهب

الجمال للطباط : ج ١ ص ٢٥٦ .

^(٢) المراجع السابقة .

^(٣) للمراجع السابقة .

^(٤) نيل الأوطار للشوكان : ج ٥ ص ١٣٥ .

الجواب الثاني: أن الحديث ليس فيه ما يدل على عدم إجزاء العقيقة لسو نبحت قبل السابع أو بعده لأن تأقيت العقيقة بيوم السابع إنما هو على سبيل الندب والاستحباب وليس على سبيل اللزوم والوجوب .

القول الثاني: أن العقيقة تستحب في يوم السابع فإن لم يتها لهم نبجها في يوم السابع ففي يوم الرابع عشر ، فإن لم يتها لهم يوم الرابع عشر ففي يوم الحادى والعشرين ، وهذا القول نقله الإمام الترمذى عن أهل العلم وتعبه الحافظ ابن حجر بأنه لم ينقل ذلك صريحا إلى عن أبى الله البوسنجى ، ونقله صالح بن أحمد عن أبيه ، وبه قال : المالكية فى قول عندهم ، وإسحاق ، ويروى هذا عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) والظاهر أنها لاتقوله إلا توقيفا ^(١)

ويجاب عن هذا القول : بأن التقيد باستحباب نبح العقيقة فى هذه الأيام الثلاث دون غيرها ليس له ما يدل عليه ، وأما ما روى عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) فلعله اجتهد منها قصدت به الحث على المسارعة فى تنفيذ هذه السنة وعدم تأخيرها عن هذه المدة خشية تركها .

القول الثالث : أنه يستحب نبح العقيقة فى يوم السابع فإن فات استحب فى كل سابع قياسا على ما قبله ، أو فى أى وقت آخر شريطة أن يكون ذلك قبل البلوغ ، لأنه إذا بلغ ولم يعق عنه وليه فلا يعق عن نفسه وهذا هو قول : الإمام أحمد ^(٢) وحجته فى هذا ما يلى :

^(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٢ ص ١٢٦ / مواهب الجليل للحطاب : ج ٤ ص ٢٥٦ / المغنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢١ .

^(٢) فتح البارى لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ ، المغنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٢ ، الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف : ج ٤ ص ١٠٢ ، نفع المودود لابن القيم : ص ٣٥

أولاً : أن المقصود يحدث في أى وقت مادم قبل البلوغ .

ثانياً : أن هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها .

ثالثاً : أن العقيقة شرعت في حق غير المولود .

القول الرابع : وهو أنه إن قدم ذبح العقيقة بعد الولادة وقبل كمال السبعة جارت تعجيلاً وقام بها سنة العقيقة ، وإن عجلها قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة وكانت ذبيحة لحم ، وإن أخرها بعد السبعة كانت قضاء مجزياً لكن ينبغي عليه ألا يتجاوز بها مدة الرضاع لبقاء أحكام الطفولة ، فإن أخرها عن مدة الرضاع فيجب ألا يتجاوز بها مدة البلوغ لبقاء أحكام الصغير ، فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيراً في العقيقة عن نفسه إن شاء عاق عن نفسه وأُتيب على ذلك ، وإن شاء لم يعاق ولن يعاقب على ذلك وهو قول الشافعية ، وبه قال عطاء ، والحسن واستحسنه القفال ، والشافعى ومحمد ابن سيرين ^(١) مستثنين على ذلك بالسنة ، والمعقول :

فأما السنة : فما روى عن أنس أن النبي ﷺ : " عاق عن نفسه بعد النبوة ^(٢)

ويجاب عن هذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث باطل ، قال البيهقى : هو حديث منكر وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جداً ، وقال عبد الرزاق : إنما تكلموا

^(١) نيل الأوطار للشوكان : جده ص ١٣٣ ، فتح الباري : ج ٢٠ ص ٣٠١ ، المجموع شرح المذهب للنسوى :

جده ص ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : ج ٤ ص ٤٩٨ ، انظر : الحاوى الكبير للماوروى بتحقيق : طلبة

عبد المال طلبة : ص ١٨٠ - ١٨١ .

^(٢) أخرجه البيهقى في سننه : ج ٩ ص ٣٠٠ .

فيه لأجل هذا الحديث ، قال: البيهقي وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن قتادة ، ومن وجه آخر عن أنس ، وليس بشئ فهو حديث باطل وعبد الله بن محرر ضعيف متفق على ضعفه ، قال الحافظ : هو متروك ^(١)

الوجه الثاني: إن صح هذا الخبر كان من خصائصه ﷺ كما قالوا في تضحيتِه عن لم يضح من أمته ^(٢)

ويجيب عن هذا : بأن الحديث وإن كان ضعيفا فإن الحكم في الأصل على التخيير بمعنى أنه شاء عق عن نفسه وأثبت عن ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك .

وأما المعقول : فهو أن العقيدة مشروعة عنه ، وهو مرتين بها فينبغي أن يشرع له فكأنك نفسه ^(٣) والذي أراه راجحا من هذه الأقوال : هو القول الرابع القائل : بأنه إذا بلغ الغلام وكسب ولن يعق عنه والده ، أو وليه فقد سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيرا في العقيدة عن نفسه إن شاء عق وأثبت على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولم يعاقب على ذلك .

^(١) تلخيص الخبير لابن حجر : ج ٤ ص ١٩١ ، المجموع للويزي : ج ٨ ص ٤١٢ ، فتح الباري لابن حجر : ج ٢٠ ص ٣٠١ .

^(٢) المرجع السابق :

^(٣) المجموع شرح للنهض للويزي : ج ٨ ص ٤٩٨ .

المبحث السادس

شروط^(١) العقيقة

لما كانت العقيقة ذات شبه بالأضحية من حيث إن كلا منهما إراقة دم بغير جنابة ولا نذر لذا فإنه يشترط فيها ما يشترط في الأضحية وهذا هو قول : المالكية والشافعية في وجه ، والإمام يحيى ، والحنابلة^(٢) بينما ذهب الشافعية في وجه آخر عندهم إلى أنه لا يشترط في العقيقة ما يشترط في الأضحية^(٣) لعدم ورود ما يدل على تلك الشروط المذكورة في الأضحية ، وهي أحكام شرعية لا تثبت بدون دليل .

د - ويجاب عن هذا :

بأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع التقرب إلى الله تعالى بإراقة الدم ، ومن ثم فإنه يشترط فيها ما يشترط في الأضحية وهذه الشروط التي اشتراطها للفقهاء في العقيقة لا بد من توافرها وتحققها على

^(١) الشرط لفظ : العلامة . قال المرحوم : الشرط عبارة عن العلامة ، أما الشرط بفتح الراء فهو بمعنى العلامة ومنه قوله (تعالى) : " فقد جاء أشراطها " - أي علامتها - انظر : التعريفات للمرحوم : ص ١١ ، معجم مقاييس اللغة لابن زكركا : ج ٣ ص ٢٦٠ ، مفردات عرب القرآن للأصفهاني : ص ٢٥٨ ، واصطلاحا . وصعب ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده وجود الشروط ولا عدمه ، فالشرط هذا للمعنى أمر زائد على ماعية الفعل وإن توقف وجود الفعل على وجوده وعدمه بمنع من غير تأثير في وجود ذلك الفعل ومثال ذلك الطهارة شرط في صحة الصلاة ، وهي زائدة عن حقيقة الصلاة ولكن يتوقف وجود الصلاة شرعا على وجودها : كما يلزم من عدمها عدم الصلاة ولا يلزم من وجودها وجود الصلاة لانه يمنع من ذلك : أن الوقت لم يدخل مثلا فتوجد الطهارة ولا توجد الصلاة . انظر : إرشاد النحول للشركاني : ص ٧ ط : معطى الحلبى ، الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٢٤٨ ط : الإدارة العامة للمعاهدة الأزهرية .

^(٢) الشرح الصغير للدردير : ج ٢ ص ٢٦٩ ، الفواكه النوان في شرح رسالة القيروان لابن مهنا النراوى : ج ١ ص ٤٥٩ ، المجموع شرح المهذب للنووى : / ج ٨ ص ٤٠٩ ، للمعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ .

^(٣) نيل الأوطار للشركاني : ج ٢ ص ١٣٨ .

الوجه الأكمل حتى يتحقق القصد منها وهو التقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) وهذه الشروط أذكرها على النحو التالي^(١)

الشروط الأول : القدرة عليها : ومعنى هذا أن العقيقة لا تجب عند من يقول بوجوبها ، أو بسنيتها على العاجز عنها ، والمقصود بالقدرة عليها عدم الحاجة إلى ثمنها لأمر ضروري وهذا هو رأى المالكية^(٢) ، بينما ذهب الحنابلة^(٣) إلى أن العقيقة تسن على القادر عليها وهو الذي يمكنه الحصول على ثمنها ، ولو بالدين ما دام يقدر على وفاء دينه .

الشروط الثاني : سلامة العقيقة من العيوب الفاحشة التي تؤدي عادة إلى نقص اللحم ، أو الإضرار بالصحة^(٤) كالعيوب الأربعة المتفق على كونها مانعة من التضحية وهي العور البين ، والمرض البين ، والعرج والعجف (الهزال) فلا تجزئ العوراء البين عورها ، ولا المريضة البين مرضها ، ولا العرجاء البين ضلعها ، ولا العجفاء التي اشتمد هزالها وكذا كل ما كان في معناها ، أو أقبح منها كالعمى ، وقطع الرجل وشبهه لقول النبي ﷺ : " أربع لا تجوز في الأضاحي للعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها ، والكسير التي لا تنقى^(٥) " .

^(١) انظر شروط الأضحية : نيل الأوطار للشوكاني : ج ١ - ص ١١٥ ، ١١٧ ، حاشية ابن عابدين : ج ٥ - ص ٢٢٦ ، بدائع الصنائع للكاظمي : ج ٥ - ص ٦٩ ، الشرح الكبير للدردير : ج ٢٠ - ص ١١٨ ، بداية الفقه لابن رشد : ج ١ - ص ٤٣٠ ، ملهذه للشيرازي : ج ١ - ص ٣٢١ ، ثقة المؤدود لابن القيم : ص ٤٦ ، ٤٧ .

^(٢) شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني : ج ١ - ص ٣٦٧ .

^(٣) كشف القناع لابن إدريس الجوهري : ج ٣ - ص ١٨ .

^(٤) انظر هنا الشرط : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي : ج ٢ - ص ٤٦ .

^(٥) ترجمه الترمذي في سننه : ج ٤ - ص ٨٥ ، ٨٦ .

الشرط الثالث : كون العقيقة في وقت مخصص وهو بعد الولادة ومعنى هذا أنه إن تعجل فذبح قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة. وكانت نبيحة لحم .

الشرط الرابع : نية العقيقة فلا تجزئ بدونها ، لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية لفول النبي ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " (١)

الشرط الخامس : أن تكون العقيقة من الأزواج الثمانية المذكورة في قوله تعالى : " ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين " (٢) " لأن العقيقة عباده تتعلق بالحيوان فتختص بالنعم كالزكاة ، ولذا فإنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه التضحية أو العقيقة بغيرها .

وهذه هي شروط العقيقة المتفق عليها كما ذكرها الجمهور ، وذكر المالكية (٣) شرطان آخران :

الشرط الأول : كون الذبح نهارا فلو ذبح ليلا لم تصح عقيقته ولعل الحكمة من اشتراط المالكية لهذا الشرط تتمثل في الخوف من الخطأ في الذبح ليلا ، أو لأن الفقراء لا يحضرون للعقيقة بالليل كحضورهم بالنهار أو لأن الليل يتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب فلا يفرق طازجا طريا فيفوت بعض المقصود .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) جزء من الآية : ١٤٣ من سورة الأنعام .

(٣) الشرح الصغير للرد المحتار : ج ٢ ص ٦٩ ، مواهب الحليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٧ ، الفواكه النادرة في شرح

رسالة الفرواني لابن مهنا القزويني : ج ١ ص ٤٥٩ .

الشروط الثاني: إسلام الذابح ومعنى هذا : أن العقيدة لا تصح بذبح كافر
أنابه صاحب العقيدة .

المبحث السابع

مصرف العقيقة

إذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرعت العقيقة عن المولود فسوف نجد أنها تتمثل في عدة أمور نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مايلي :

أولاً : أنها قربان يقرب به عن المولود في أول أوقات خروجه إلى الدنيا.
ثانياً : أنها تفك رهان المولود ، ومن ثم فإن المقصود منها وهو القرابة يتحقق بمجرد إراقة الدم أما حكم لحكمها ، وجلدها بعد إراقة دمها فهو كالضحايا قياساً عليها ^(١) لأنها نسكة مشروعة غير واجبة فأشبهت الأضحية ، ولأنها أشبهتها في صفاتها وسنها وشروطها فأشبهتها في مصرفها وهذا يدل على أنه يسلك في العقيقة مسلك الضحايا من حيث الجمع بين الأكل منها ، والتصدق ، والإهداء . ولكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن ^(٢) خلافاً للمالكية ^(٣) الذين يقولون بكرامة جعلها وليمة .

هذا وإذا كانت العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنابة ولأنذر لذا فإنه يحرم بيع جلدها ، وشحمها ، ولحمها

^(١) انظر بدائع الصنائع للكاظمي : ج ٥ ص ٨٠ شرح الكبير للردودي : ج ٢ ص ١٢٢ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١ ص ٤٦٤ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن حري : ص ١٨٩ ، المجموع شرح المذهب للسروري : ج ٨ ص ٤١٣ ، روضة الطالب للزوي : ج ٣ ص ٤٩٩ ، المعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ الإصناف للمردواي : ج ٤ ص ١٠٣ .

^(٢) المعنى لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٤ .

^(٣) مواهب الحليل للحطاب : ج ٣ ص ٢٥٧ .

وأطرافها ، ورأسها ، وصوفها ، وشعرها ، ووبرها ، ولبنها الذي يحلبه منها بعد نحبها لان النبي ﷺ أمر بقسم جلودها ونهى عن بيعه فقال : " من باع جلد أضحيت له (١) " .

ولا يجوز إعطاء جلدها للذابح أو شيئا منها كأجر له لما روى عن علي (رضي الله عنه) أنه قال أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على نبح (بينة) وأن أقسم جلودها وجلالها وألا أعطى الجازر شيئا منها وقال : " نحن نعطيهِ من عندنا (٢) " فإن أعطى الجزار شيئا لفقره ، أو على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره ، بل هو أولى لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

ولصاحب العقيدة أن ينتفع بجلدها باستعماله في البيت كجراب وسقاء ، وفرو ، وغربال ، ونحوها لما روى عن السيدة عائشة (رضي الله عنها) أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ، وذهب الإمام أحمد في المنصوص عنه إلى القول : بجواز بيع الجلد والرأس والسقط على أن يتصدق بثمنه لأن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت للهدى والعقيقة شرعت عند سرور حادث ، وتجدد نعمة فأشبهت للذبيحة في الوليمة ، ولأن الذبيحة هنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما يبيع منها بمنزلة الصدقة في فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك (٣)

(١) رواه الحاكم وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه البيهقي أيضا في سننه : ج ١ - ص ٢٩٤ انظر : نصب الرأية للزملي : ج ١ - ص ٢١٨ .

(٢) متفق عليه .

(٣) للمع لابن قدامة : ج ١١ - ص ١٢٤ ، الإنصاف في معرفة الرائج من الخلاف للمرطوي : ج ١ - ص ١٠٣ .

وهو رأى وجبه لكونه يتمشى مع مصلحة الفقراء والمساكين هذا ويستحب إعطاء القابلة من العقيقة لما فى مراسيل أبى داود أن النبى ﷺ قال فى العقيقة التى عقتها فاطمة عن الحسن والحسين أن يبعثوا إلى القابلة برجل^(١) " هذا ويكره عند المالكية : أن يطعم منها يهوديا أو نصرانيا ، وكذا يكره عندهم عملها وليمة يدعو الناس إليها^(٢) وسوف يأتى بيان الحكمة التى من أجلها كره المالكية عملها وليمة وذلك عند الكلام عن مكروهات العقيقة فى المبحث الذى بعد ذلك .

^(١) أنظر المجموع شرح المذهب للنووى : ج ٨ ص ٤١١ ، نعمة المودود أحكام المودود لابن القيم : ص ٤٩ .

^(٢) الفواكه النوان فى شرح رسالة القزوينى : ج ١ ص ٤٦٠ .

المبحث الثامن

مستحبات العقيدة ، ومكروهااتها

سوف أتكلم في هذا المبحث - إن شاء الله تعالى عن الأمور التي
تسحب في العقيدة ، والتي تكرر فأقول وبالله التوفيق :

أولاً : ما يستحب في العقيدة :^(١)

١- **يستحب في العقيدة** : أن يسمى الله تعالى عند ذبحها ويقول : " بسم
الله اللهم لك وإليك عقيقة فلان " ^(٢) قال ابن المنذر : هذا حسن وإن
نوى العقيدة ولم يتكلم أجزاه (إن شاء الله)

٢- **يستحب في العقيدة** : أن تفضل أعضاؤها ولا يكسر شيء من
عظامها تفاؤلاً بسلامة أعضاء المولود ، لما روى عن عائشة
(رضي الله عنها) أنها قالت : " السنة شاتان مكافئتان عن الغلام
وعن الجارية شاة " ^(٣) وكان عطاء يقول : تطبخ جدولا ^(٤) ولا
يكسر عظم ، ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك في يوم السابع .

^(١) انظر مستحبات العقيدة : مواهب الجليل للحطاب : ج ٣ ص ٥٧ ، الفواكه الدواني في شرح رسالة الفيروزان :
ج ١ ص ٤٦ ، المجموع شرح المذهب للنووي : ج ٥ ص ٤٠ - ٤١ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٤ ، روضة
الطالين للنووي : ج ٣ ص ٥٠ ، للمنفى لابن قلعة : ج ١١ ص ١٢ ، الإصحاف في معرفة الرائج من
الخلايف للمرغادى : ج ٤ ص ١٠ ، تحفة المودود لابن القيم : ٣٦ - ٤١ - ٤٣ - ٤٤ - ٤٩ .

^(٢) رواة البيهقي بإسناد حسن : ج ٩ ص ٣٠٤

^(٣) أخرجه الترمذي في سننه : ج ٤ ص ٩٧ ، والبيهقي في سننه : ج ٤ ص ٣٠٢ .

^(٤) جدولا : أي لا يكسر لها عظم ، وإنما تطبخ عضوا عضوا . انظر للمنفى : ج ١١ ص ١٢٤ .

٣- ويستحب فيها أن لا يتصدق بلحمها نيا بل يطبخه وفيما يطبخ به وجهان أحدهما : بحموضة نقله البيهقي عن الإمام الشافعي لحديث ابن عبد الله ، وفيه أن النبي ﷺ قال : " نعم الإدام الخل ^(١) " .

والثاني : وهو أصحهما وأشهرهما وبه قال : الجمهور وهو أنه يطبخ بحلول تفاؤلا بحلاوة أخلاقه ، وقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ كان يحب الحلوى والعسل " والحكمة من استحباب طبخها كما يقول العلامة ابن القيم : أنه إذا طبخها فقط كفى المساكين والجيران مؤنة الطبخ ، وهو زيادة في الإحسان وفي شكر هذه النعمة ويتمتع الأولاد والمساكين بها مكفية المؤنة .

٤- ويستحب أن يأكل منها ، ويتصدق منها بعد الطبخ وقبله ويهدى لحديث عائشة الذي سبق ذكره .

٥- ومن مستحباتها : إعطاء القابلة من رجل العقيقة لما روى في سنن البيهقي عن علي رضي الله عنه أن رسول ﷺ أمر فاطمة (رضي الله عنها) فقال : زنى شعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة برجل العقيقة ^(٢) .

٦- ومن مستحباتها كون ذبحها في صدر النهار ، وهو وقت الضحى إلى الزوال وهذا على أظهر الأقوال إلحاقا لها بالهدايا ، لأنها ليست تابعة للصلاة حتى تلحق بالضحايا ، فإن فعلت بعد الفجر وقبل طلوع

^(١) أخرجه مسلم في صحيحه : ج ١ ص ٦٠ .

^(٢) أخرجه البيهقي في سننه : ج ٩ ص ٣٠٢ .

الشمس أجزأت مع مخالفة المستحب ، وقد اختلف أصحاب مالك ^(١) في وقتها والصحيح : أن الوقت ثلاث : مستحب : وهو وقت الضحى إلى الزوال ، ومكروه : وهو بعد الزوال إلى الغروب وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، وممنوع : وهو أن يذبح ليلاً .

٧- ومن مستحباتها : أن فعلها أفضل من التصدق بثمنها ، لأنها سنة ونسكة مشروعة بسبب تجدد نعمة الله على الوالدين ، وفيها سر بديع مورث عن فداء إسماعيل بالكبش الذي ذبح عنه وفداه الله به فصار سنة في أولاده بعده أن يفدى أحدهم عند ولادته بذبح يذبح عنه ولا يستكر أن يكون هذا حرزاً له من الشيطان بعد ولادته كما كان نكر اسم الله عند وضعه في الرحم حرزاً له من ضرر الشيطان ، ولهذا قال من يترك أبواب العقيقة عنه إلا وهو في تخييط من الشيطان . فكان الذبح في موضعه أفضل من الصدقة بثمنه ولو زاد من الهدايا والأضاحي فإن نفس الذبح وإراقة الدم مقصود ^(٢) فإنه عبادة مقرونة بالصلاة كما قال تعالى " فصل لربك وانحر " ^(٣) وقال : " قل إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين " ^(٤) .

٨- ومن مستحباتها : أن تكون الشاتان في عقيقة الذكر متساويتين لقول أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) : " السنة شاتان متكافئتان عن الغلام تشبه إحداهما الأخرى لأن كل شاة منهما بدلا وفداء ، ومعنى

^(١) بل الأوطار للشركان : ج ٥ ص ١٣٨ ، مواهب اخليل للحطاب : ج ١ ص ٢٥٧ .

^(٢) نفقة المودود بأحكام المولود لاس القيم : ص ٣٧ - ٣٨ .

^(٣) الآية ٢ من سورة الكوثر

^(٤) الآية : ١٦٢ من سورة الأنعام .

هذا أن الفداء لو وقع بالشاة الواحد لكان ينبغي أن تكون فاضلة كاملة، فلما وقع بالشاتين لم يؤمر أن يتجاوز في إحداهما ويهون أمرها إذ كان قد حصل الفداء بالواحدة والأخرى كأنها تنممة غير مقصودة فشرع أن تكونا متكافئتين دفعا لهذا التوهم^(١)

ثانيا : مكروهاتهما :

يكراه^(٢) أن يلطخ رأس المولود بدم العقيقة لما روى عن عائشة (رضي الله عنها) أنها قالت " كانوا في الجاهلية يجعلون قطنة في دم العقيقة ، ويجعلونها على رأس المولود فأمرهم النبي ﷺ " أن يجعلوا مكان الدم خلوقا"^(٣) وهذا قول : الجمهور ، مالك والشافعي ، وأحمد وابن المنذر .

وحكى عن الحسن وقتاده : أنه مستحب ، ونقله ابن حزم عن ابن عمر ، وعطاء لما روى عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال : " الغلام مرتين بعقيقته تنبح عنه يوم السابع ويذمي " .

ويجاء عن هذا : بأن الرواية الصحيحة لهذا الحديث : " ويسمى " بدلا من " ويذمي " هكذا قال سلام ابن أبي مطيع ، وقتادة ، وإياس عن الحسن وقد وهم همام فقال : " ويذمي " ، وقد قيل هو تصحيف من الراوي^(٤) ولهذا قال ابن عبد البر لا أعلم أحد قال هذا : إلا الحسن

^(١) روضة الطالبين للنووي : ج ٣ ص ٥٠٠ ، خفة للمودود لابن القيم : ص ٤١ .

^(٢) انظر مكروهات العقيقة : المجموع شرح المذهب للنووي : ج ٨ ص ٤١٣ ، للمصنف لابن قدامة ج ١١ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

^(٣) خلوقا : يعني زعفرانا - ولحديث أخرجه البيهقي في سننه : ج ٣ ص ٣٠٣ .

^(٤) للمصنف لابن قدامة : ج ١١ ص ١٢٣ .

وقنادة، بل عند ابن أبي شيبة بسند صحيح أنه كره التكمية ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه ^(١)

ومن هنا فإبني أرى أن الرأي الراجح : هو الرأي القائل : بكرهة تطيخ رأس الصبي بدم العقيقة لنهي النبي ﷺ عن ذلك في قوله : " مع الغلام عقيقة فأهر يقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " ^(٢) ولقول عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال : كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ، ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأس ، ونلطخه بزعفران ^(٣) وهذا يقتضى أن لا يمس رأسه بدم لأنه أذى .

٢- وتكره العقيقة بالشرقاء (المشقوقة الأذن) والخرقاء (التي يخرق أذنهما الوشم والمدبرة) (التي يقطع شئ من مؤخر أذنهما) والقابلة (التي يقطع شئ من مقدم أذنهما) لقول سيدنا علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن ، وأن لا نضحى بمقابلة ، ولا مدبرة ، ولا شرعاء ، ولا خرعاء ^(٤) وكذا تكره العقيقة : " بالمجزورة التي جز صوفها قبل الذبح لينتفع به " والحولاء (التي في عيناها حول) .

^(١) المرجع السابق ، وانظر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأبى حجر : ج ٢٠ ص ٣٠٠ .

^(٢) سنن ترمذيه .

^(٣) أخرجه أبو داود في سننه : ج ٨ ص ٣٣ .

^(٤) أخرجه الترمذى في سننه : ج ١ ص ٨٦ ، ومعه : أن شرف على الأذن والعين وتأملهما كي لا يقع فيهما

نقص وجب ، والمقابلة : شاة قطعت أذنها من قدام وترك معلقة ، والمدبرة : هي التي قطعت أذنها من حساب والشرعاء : مشقوقة الأذن طولاً ، والخرعاء : التي في أذنها حرق مستدير . انظر : مباحث الصانع للكاساني : ج ١ ص ٢٣٨ -

٣- وزاد المالكية أمرا آخر : وهو أنه يكره عملها وليمة^(١) يدعو الناس إليها ، ولعل وجهة نظرهم في كراهة عملها وليمة : تتمثل في مخالفة فعل السلف ، ولخوف المباهاة والمفاخرة ، بل المطلوب إطعام كل أحد في محله .
ولوقع عملها وليمة أجزأت ، وإن كرهت ، ولذا فإنه لا يطالب بإعادتها .

^(١) المراكه الدواني في شرح رسالة القيروان لابن مهنا النفراني : ج ١ ص ٤٦٠ .

الخاتمة

ونستعمل على بيان أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث
وتوصياتي فيه

أولاً : أهم النتائج التي توصلت إليها :

- ١- العقيدة هي : ما تذبج من النعم في سابع ولادة المولود .
- ٢- عدم كراهة تسمية العقيدة باسمها المتعارف عليها .
- ٣- العقيدة سنة عن النبي ﷺ .
- ٤- العقيدة شرعت شكراً لله تعالى وإظهاراً لنعمته .
- ٥- السنة في العقيدة عن الذكر شاتان وعن الأنثى واحدة .
- ٦- العقيدة لا تكون إلا بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل ، أو البقر أو الغنم) ويدخل في كل جنس نوعه ، والذكر والأنثى منه .
- ٧- استحباب العقيدة يوم سابع ولادة المولود .
- ٨- يستحب في العقيدة أن يجمع صاحبها بين الأكل منها والتصدق والإهداء لكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن .

ثانياً : توصياتي فيه :

أوصى المسلمين باتباع سنة النبي ﷺ في العقيدة عن المولود ما
استطاعوا إلى ذلك سبيلاً فإن الخير كل الخير في اتباع سنة النبي ﷺ
والتأسي به في قوله ، وفعله .
كما أوصيهم بالأبتكاسلون عن ذبج العقيدة أو يؤخروها عن وقتها
المستحب نظراً لما فيها من أجر جزيل ، وثواب عظيم . وفي النهاية

أوصى رجال الدعوة والإعلام في بلاد المسلمين بأن يذكروا الناس بهذه السنة العظيمة وأن يبينوا حكمها لهم حتى لا يتركوها بسبب جهلهم بها وعدم علمهم بما فعله النبي ﷺ وأمرنا به . وبعد .

فإنني إذ أضع هذا الجهد المتواضع خدمة مني للفقه الإسلامي أود أن أنبه إلى أنني بشر خطي وأصيب فإن كنت قد أصبت فله الحمد والمنة ، وهذا من فضل الله (تعالى) على وإن كنت قد أخطأت فحسبي أني بشر أخطئ وأصيب والعصمة ليست لأحد بعد سيدنا رسول الله ﷺ وما أحسن قول العماد الأصفهاني في هذا المقام حيث قال : إنني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه ألا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر .

بسم الله الرحمن الرحيم

مراجعة البحث

هذه قائمة بأهم المراجع التي استعملت بما في إعداد هذا البحث

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
١	أولا : القرآن الكريم المنزل من لدن حكيم عليم		
	ثانيا : كتب الحديث وعلومه		
٢	تلخيص الحبير	العلامة ابن حجر العسقلاني	شركة انطباع الفنية المتحدة
٣	تتوير الحوكك شرح موطأ مالك	الإمام الميوطي	مطبوع مع الموطأ بمطبعة مصطفى الحلبي
٤	زاد المعاد في هدى خير العباد	للعلامة ابن القيم	المكتب التوفيقية
٥	سنن ابن ماجه	أبو عبد الله القزويني	دار الريان للتراث
٦	سنن ابن داود	أبو داود المجسني	دار الكتب العلمية - بيروت
٧	سنن الترمذي	أبو عيسى الترمذي بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي	دار الحديث
٨	سنن النسائي	أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي	دار الكتب العلمية ببيروت
٩	صحيح البخاري	أبو عبد الله البخاري	مكتبة القاهرة
١٠	صحيح مسلم	الإمام مسلم	دار الريان للتراث
١١	فتح الباري بشرح صحيح البخاري	ابن حجر العسقلاني	مكتبة القاهرة

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
١٢	الموطأ	الإمام مالك ابن أنس	دار إحياء الكتاب العربي (عيسى الحلبي)
١٣	نصيب الراية لأحاديث الهداية	الزليعي	المأمون بشيرا
١٤	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار	الإمام الشوكاني	مكتبة الدعوة الإسلامية
	ثالثا : كتب الفقه أ- الفقه الحنفي		
١٥	بدائع الصنائع	الإمام الكاساني	دار الكتب العلمية - بيروت
١٦	حاشية ابن عابدين المسماة بردد المختار على الدر المختار	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربي بيروت
	ب- الفقه المالكي		
١٧	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	ابن رشد	مصطفى الحلبي
١٨	حاشية الدسوقي	محمد عرفة الدسوقي	عيسى الحلبي
١٩	الشرح الصغير	سيدى أحمد الدردير	الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية
٢٠	الشرح الكبير	سيدى أحمد الدردير	دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي
٢١	الفواكه الدواني فى شرح رسالة القيرواني	ابن مهنا النفراوى	مصطفى الحلبي
٢٢	قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية	ابن جزى المالكي	عالم الفكر

م	المراجع	المؤلف	المطبعة
٢٣	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل	الحطاب	عالم الفكر
	جـ - الفقه الشافعي		
٢٤	الحاوي الكبير	الماوردي بتحقيق / طلبة عبد العال طلبة	رسالة ماجستير بكلية/الشرعية والقانون بأسبوط سنة ١٩٩٠
٢٥	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع	الخطيب الشربيني	عيسى الحلبي
٢٦	روضة الطالبين	للإمام النووي	المكتب الإسلامي للطباعة والنشر
٢٧	المجموع شرح المذهب	للإمام النووي	دار الفكر للطباعة
٢٨	المذهب	أبو إسحاق الشيرازي	مصطفى الحلبي
٢٩	النظم المستعذب في شرح غريب المذهب	ابن بطال الركني	مطبوع بذي المذهب ط . مصطفى الحلبي
	د - الفقه الحنبلي		
٣٠	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف	علاء الدين المرداوي	دار الكتب العلمية - بيروت
٣١	تحفة المودود بأحكام المولود	العلامة ابن القيم	الناشر المكتبة القيمة بالقاهرة
٣٢	كشاف القناع	ابن إدريس البهوتي	دار الفكر - بيروت
٣٣	المغنى	ابن قدامة الحنبلي	دار الكتب العلمية
	هـ - الفقه الظاهري		
٣٤	المحلى	ابن حزم	مكتبة دار التراث
٣٥	الفقه الإسلامي وأدلته	د/ وهبة الزحيلي	دار الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
	رابعاً : كتب أصول الفقه وقواعده		
٣٦	إرشاد الفحول	الشوكاني	مصطفى الحلبي
٣٧	الأشباه والنظائر في الفروع	الإمام السيوطي	دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
	خامساً : كتب اللغة		
٣٨	الشوقيات	أمير الشعراء أحمد	
٣٩	مختار الصحاح	الرازي	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٤٠	المعجم الوجيز	صادر من مجمع اللغة العربية	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢٧٤	المقدمة
٢٧٨	المبحث الأول : تعريف العقيدة
٢٧٨	المطلب الأول : معنى العقيدة واشتقاقها
٢٨٠	المطلب الثاني : حكم تسميتها عقيدة
٢٨٥	المبحث الثاني : حكم العقيدة ، وفضلها
٢٨٥	أقوال الفقهاء في حكم العقيدة
٢٨٦	الأدلة ، والمناقشة ، والرأى الراجع
٢٩٧	المبحث الثالث : المقدار الذى يعق به عن الذكر والأنثى
٣٠٤	المبحث الرابع : ما يجزئ فى العقيدة من النعم
٣١١	المبحث الخامس : وقت العقيدة
٣١٦	المبحث السادس : شروط العقيدة
٣٢١	المبحث السابع : مصرف العقيدة
٣٢٤	المبحث الثامن : مستحبات العقيدة
٣٢٧	مكروهاها
٣٣٠	الخاتمة
٣١٢	مراجع البحث
٣٣٦	فهرس الموضوعات

خيار الإجازة للتصرفات الفضولى

إعداد

على أحمد على مرعى

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

"خيار إجازة تصرفات الفضول"

ويتناول في هذا البحث أهم مسأله من بيان معنى الفضولي، وحكم تصرفاته من حيث الصحة وعدمها وأراء الفقهاء في خيار الإجازة، ومن يثبت له هذا الخيار، وشرط ثبوته، ومدة الخيار، والأشياء التي ينتهي بها هذا الخيار، وما يترتب على فسخ التصرف إستنادا إلى هذا الخيار. مقررًا كل واحد بمطلب خاص به.

المطلب الأول

معنى الفضولي

قال صاحب القاموس^(١) "الفضولي بالضم المشتغل بما لا يعنيه" وقال صاحب المصباح^(٢) "فضل فضلا من باب بقي وفي لغة ففضل بفضل من باب تعب وفضل بالكسر بفضل بالضم لغة ليست بالأصل ولكنها على تداول اللغتين وفضل فضلا من باب قتل أيضا زاد وخذ الفضل أي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفولس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد في مالا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد".

(١) القاموس المحيط مادة فضل.

(٢) المصباح المنير مادة فضل.

هذا عن معنى الفضولي في اللغة.

أما في اصطلاح الفقهاء^(١) فالمراد به الشخص الذي يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي فخرج من يتصرف في حق نفسه فليس بفضولي ما دام أهلاً للتصرف الذي يباشره، وخرج بقيد عدم الإذن الشخص الذي يتصرف في حق غيره مستنداً في تصرفه إلى إذن كالولي والقاضي والوكيل ونحوهم وتفيد الإذن بالمرع خرج به إذن من حجب عليه ثم أن لأجنبي في تصرف لا يملكه فهذا إذن غير معتبر شرعاً فيكون بمنزلة العدم.

المطلب الثاني

حكم تصرفات الفضولي من حيث الصحة وعدمها

وسنقتصر في بحثنا هنا على البيع والشراء لأن ما سواهما من التصرفات يأخذ حكمهما في الجملة .

ونبين أولاً حكم بيع الفضولاً ثم نبحث حكم شرائه.

آراء الفقهاء في بيع الفضولي.

اختلف الفقهاء في هذا على مذهبين.

(١) الدر المختار ورد المختار عليه ج ٤ ص ١٤١ والبحر الرائق ج ٥ ص ١٦٠.

الأول: أن بيع الفضولى غير صحيح وممن ذهب إلى هذا ابن حزم^(١) وبعض الشيعة، وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة.

المذهب الثانى أن بيع الفضولى صحيح وممن ذهب إلى هذا المالكية^(٢) والقاسمية وهو الصحيح من مذهب الحنفية وإليه ذهب^(٣) الشافعى فى قول مرجوح وأحمد فى رواية وبعض الشيعة.

الأدلة

استدل من ذهب إلى بيع للفضولى غير صحيح بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾^(٤).

وجه الدلالة أن الآية الكريمة أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره فلو صح تصرف الفضولى لكان فى

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٣٤، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٥، وما بعدها، المختصر النافع

ص ١٤٢، المجموع ج ٩ ص ٢٨١، المنى ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٢، البحر الرائق ج ٦ ص ٧٦.

(٣) المشهور من المذهب الشافعى أن تصرف الفضولى باطل ومقابلته أنه موقوف وقد اختلف الشافعية فى تفسير الوقف على رأيين أحدهما أن الموقوف الصحة فإن أجز صحت وإلا تبين بطلانه، الثانى : أن الصحة ناجزة والموقوف الملك فإن أجزر التصرف حصل الملك وإلا لم يحصل وحكى هذا النووى عن إمام الحرمين، هذا والقول بالصحة والوقف قول الشافعى فى المذهب القديم وقول له فى الجديد أيضا ج ٩ ص ٢٨٤، وحاشية الشبرا مى ج ٣ ص ٤ وحاشية عميرة ج ٢ ص ١٦٠.

(٤) سورة الأنعام آية : ١٦٤، محلى ج ٨ ص ٤٣٥.

ذلك إسناد كسف الإنسان إلى غيره وهذا يتنافى مع ما دلت عليه الآية الكريمة.

ويناقض هذا الاستدلال بأن الآية ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخرى.

ويجاب عن هذا بأن قوله تعالى نكسب فعل وهو بمنزلة النكرة وهى فى سياق النفى تعم فتكون الآية الكريمة عامة.

وأما السنة فمنها ما رواه الخمسة^(١) عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيع ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك.

وجه الدلالة من الحديث الشريف^(٢)، أن الرسول ﷺ نهى حكيم ابن حزام عن بيع ما ليس فى ملكه والمبيع فى بيع الفضولى ليس ملكاً لمن باشر البيع فيكون منهياً عنه والنهى يدل على الفساد فيكون بيع مال الغير بغير إذن فاسداً.

ويناقض هذا الاستدلال بأن الحديث الشريف ليس فى محل النزاع لأن قوله ﷺ لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل

(١) المراد بهم أبو داود وقرطبى والنسائى وابن ماجه وأحمد راجع سبل السلام ج ١ ص —

١٢، ج ٣ ص ١٦.

(٢) المعنى ج ٤ ص ٢٠٦.

والكامل هو البيع البات وليس محلاً للنزاع بل النزاع فى البيع الموقوف^(١).

ويجاب عن هذا بأن الفعل فى سياق النفى وشبه يعم.

ومن السنة ما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك.

وجه الدلالة^(٢) من الحديث الشريف أن النبى ﷺ نفى بيع ما يملكه الإنسان فيتوجه النفى إلى الصحة لأنها أقرب المجازات فيكون بيع ما ليس مملوكاً للبائع غير صحيح.

وأما المعقول فلأن المبيع لكونه غير مملوك لمن باشر العقد يكون غير مقدور على تسليمه شرعاً فلا يصح كبيع السمك فى الماء والطيير فى الهواء^(٣).

واستدل من ذهب إلى أن بيع الفضولى صحيح بالكتاب والمسنّة والمعقول.

(١) شرح العنلية ج ٥ ص ٣١١.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

(٣) المرجع السابق ج ٩ ص ٢٨٦.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولحل الله البيع ﴾ والبيع عام يتناول كل بيع ويدخل فى هذا بيع للفضولى فإنه بيع فيكون حلالا .

ويناقش هذا الاستدلال بأنه قد قام الدليل على عدم صحة بيع الفضولى فيكون خارجا من حكم الآية للكرامة .

ومن استدلال للذاهبيين إلى الصحة بالكتاب قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) فقد أباح تعالى للتجارة إذا كانت عن تراض ويدخل فى هذا بيع الفضولى لأنه تجارة عن تراض .

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية للكرامة دليل على نفي الصحة لعدم وجود التراضى من مالك المبيع وقت العقد ولو سلم فتقييد التجارة بالتراضى لا يدل على نفي ما عداه من القيود .

واستدل للذاهبيون إلى الصحة من الكتاب أيضا بقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك وهذا من التعاون على البر والتقوى .

ويناقش هذا بأن ^(٢) الإنسان إذا باع مال غيره بغير إذنه يكون متعديا لأنه قد أقتات على المالك وهذا ليس من البر فى شئ بل إثم وعدوان ، وأما السنة فما رواه البخارى وأبو داود وأحمد بسندهم عن

(١) سورة المائدة آية : ٢ .

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦ .

عروة بين أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ (١) أعطاه دينارا ليشتري به له شاة فاشتري له به شاتين فباع إحداها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

وجه الدلالة أن عروة ﷺ قد باع مالا مملوكا لغيره بغير إننه لأن النبي ﷺ إنما أذن لعروة بشراء شاة ولم يأذن له بالبيع وقد أقر الرسول ﷺ ما فعله عروة بل ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول.

ويناقش هذا الاستدلال بأن عروة ﷺ لم يكن فضوليا في البيع بسل كان وكلا عن الرسول ﷺ وكالة مطلقة بدليل أنه باع الشاة وسلمها بدون إذن (٢).

ومن السنة ما رواه الترمذي بسنده عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية فأربح فيها دينارا فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار.

وجه الدلالة أن الصحابي باع مال الغير بغير إذن منه وقد أقره الرسول فدل على صحته.

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٠.

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

ويناقش هذا بأن في إسناد الأثر المذكور انقطاعاً لأن الترمذی رواه بسنده عن حبيب بن ثابت عن حكيم بن حزام وبين ابن أبي ثابت وحكيم انقطاع ولو سلم فالحديث محمول على أن الصحابي كان وكيلاً وكالة مطلقة لما تقدم في حديث عروة^(١).

ولما المعقول فلأن من باشر العقد أهل لمباشرته إياه والمبيع مال منقوم فيصح البيع قياساً على بيع المالك بجامع أن للتصرف في كل صدر من أهله في المحل المقابل له^(٢).

ويناقش هذا بأن التصرف صدر من غير أهله لأن من شرط البائع أن يكون له ولاية على المبيع وعلى هذا فقياس بيع الفضولي على بيع المالك قياس مع الفرق لأن المالك له ولاية على المبيع بخلاف الفضولي. والراجح القول بأن بيع الفضولي غير صحيح لما تقدم في أدلة أصحاب المذهب الأول ولما رواه الترمذی والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب ابن أسيد إلى أهل مكة أن يبلغهم عنى أربع خصال ومنها ولا تبع مالم تملك^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠.

(٣) المجموع ج ٩ ص ٢٨٦.

هذا كله فى بيع الفضولى أما شراؤه ففيه تفصيل حاصله أن الفضولى إما أن يضيف الشراء إلى الغير الذى يشتري له أولا وعلى كل إما أن يكون الثمن من مال الفضولى أو من مال المشتري له وإن كان من مال المشتري له فإما أن يكون الثمن عينا معينة أو يكون فى الذمة.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان الثمن من مال الفضولى ولم يضاف التصرف إلى الغير أو كان الثمن من مال الغير وكان فى الذمة، ولم يضاف الفضولى التصرف إلى غيره اتفقوا على أن التصرف فى هاتين الحالتين صحيح واختلفوا فيما يقع له الشراء.

فى الحالة الأولى وهى ما إذا كان الثمن من مال الفضولى ولم يضاف التصرف إلى غيره، كأن يقول الفضولى للبائع اشتريت منك هذا الشيء بكذا وينوى أن الشراء لفلان ذهب الجمهور^(١) إلى أن الشراء ينفذ على من باشره أى يقع للفضولى.

وظاهر^(٢) مذهب المالكية أن الشراء موقوف على إجازة المشتري له، وفى الحالة الثانية وهى ما إذا كان الثمن من مال المشتري له وكان فى الذمة ولم يضاف الفضولى العقد إلى غيره لكن نوى ذلك ذهب الحنفية والشافعية فى الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره

(١) البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧١.

والشافعي في الجديد إلى أن للشراء ينفذ على من باشره وذهب المالكية^(١) والشافعي في القديم إلى أن للشراء موقوف على إجازة المشتري له.

استدل الحنفية ومن وافقهم على وقوع الشراء لمن باشره بقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآيتين أنهما أفادت أن كسب الإنسان وسعيه يكون له لا لغيره، وشراء الشخص كسبه وسعي له حقيقة فيقع له لا لغيره.

واستدل المالكية ومن وافقهم على أن الشراء موقوف على الإجازة بحديث عروة السابق وقد سبق مناقشة الاستدلال بالحديث.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن الأصل أن تصوف الإنسان يكون لنفسه لا لغيره حيث لم يمنع من ذلك مانع.

وفيما عدا هاتين الحالتين اختلف فقهاء المذاهب في صحة الشراء فإن أضاف للفضولي الشراء إلى غيره للذي يشتري له كأن يقول للبائع اشتريت منك هذا الشيء لفلان بكذا فيقبل البائع على وفق هذا فحكم هذا

(١) وعند المالكية والشافعي في القديم إن كان الثمن في النعمة ولم يضاف للفضولي الشراء إلى غيره فالشراء موقوف كما سبق فإن أجازته المشتري له نفذ عليه أما إن رد فسد للمالكية يبطل العقد من أصله وعند الشافعي يبق له لمن باشر.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٣) سورة النجم الآية ٣٩.

الشراء حكم^(١) البيع أى يكون فاسداً عن الشافعية والحنابلة فى الراجح من المذهبين ويكون صحيحاً موقوفاً عند الحنفية والمالكية سواء كان الثمن من مال الفضولى أو من مال المشتري له وأدلة كل من الفريقين تعلم من ما مر فى البيع.

وإن لم يضاف الفضولى للشراء إلى الغير فإن كان الثمن من مال الفضولى فقد تقدم فى محل الوفاق وإن كان الثمن من مال الغير الذى يشتري له الفضولى فإن كان فى اللزمة فقد تقدم فى محل الوفاق أيضاً وإن كان الثمن عينا معينة فحكمه حكم البيع على الخلاف السابق فيه^(٢).

(١) المجموع ج ٩ ص ٣٨٢، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥، البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٢.

(٢) إن أضاف الفضولى للشراء إلى غيره كان العقد فاسداً عند الشافعية فى الجديد وموقوفاً فى القديم كما تقدم فإن كان الثمن من مال الفضولى والفرض إنه أضاف الشراء إلى غيره، فللشافعية وجهان أحدهما أن العقد فاسد من أصله وثانيهما أنه صحيح وينفذ على من باشر العقد أى يقع للفضولى ووجهوا هذا بأن إضافة الشراء إلى غير من يباشره لغوا وللغو لا حكم له فيصبح القدر وتلغو الإضافة.

وإن اشترى الفضولى شيئاً لغيره بعين من مال ذلك الغير فالعقد صحيح موقوف عند الحنفية والمالكية وقول للشافعية ورواية عن أحمد فإن رد المشتري له البيع إنفسخ وإن أجزأه فقد اختلفوا فذهب المالكية والشافعية والحنابلة بناء على أن العقد موقوف ذهبوا إلى أن الشراء يقع لمالك العين وذهب الحنفية إلى أنه بإجازة المالك ينفذ الشراء على من باشره أى يقع للفضولى لأنه إذا لم يضاف الشراء إلى غيره يكون مشترياً لنفسه غاية الأمر أنه نقد الثمن من مال الغير فإن أجزأ ذلك الغير فقد أنزل من باشر العقد فى نقد الثمن فيقع الشراء للمباشر ويغرم للمالك بدل ماله من مثل إن كان متلباً أو قيمة إن لم يكن من ذوات الأمتال وهذا معنى قول الحنفية أن الإجازة نقد لا إجازة عقد — راجع البحر الرائق ج ٦ ص ١٦٠، وفتح القدير ج ٥ ص ٣١٢.

المطلب الثالث

مآل بيع الفضولي وشرائه عند القائلين بالصحة

من ذهب إلى أن تصرف الفضولي صحيح وإنه موقوف على معنى أن التصرف وإن كان صحيحا لكن لا تترتب عليه آثاره في الحال بل يتوقف ذلك على نظر صاحب الحق في التصرف أى من وقع له فيكون هذا بالخيار بين أن يجيز التصرف أو يرده، ونبحث فيما يلي آراء الفقهاء في مشروعية هذا الخيار ومن يثبت له وشرط ثبوته ومدته وما ينتهي به.

آراء الفقهاء في مشروعية خيار الإجازة.

تقدمت آراء الفقهاء في تصرفات الفضولي وتقدم أيضا دليل كل على الفساد أو الصحة.

وعلى القول بفساد تصرفات الفضولي لا يكون للخيار فائدة " شرعا فلا يثبت.

وإنما القول بمشروعية الخيار مبني على القول بصحة تصرفات الفضولي .

ودليل مشروعية الخيار في هذا الحال دفع الضرر فإنه مما لا شك فيه أن الإنسان إذا تصرف تصرفا يتعلق به حق لغيره وقلنا إن هذا للصرف يلزم الغير كان في هذا اضرار به والضرر منهى عنه.

من يثبت له الخيار.

الذاهبون إلى أن بيع الفضولى وشراءه صحيحان موقوفان على الإجازة اتفقوا على أن الخيار بين الإجازة والرد يثبت لمن له ولاية إنشاء التصرف فيثبت الخيار لصاحب الولاية على المبيع إن كان للتصرف بيعاً ويثبت للمشتري له إن كان للتصرف شراءً.

وأختلفوا فى ثبوت الخيار للفضولى والمتعاقد معه.

فذهب الحنفية إلى أن الخيار يثبت للفضولى والمتعاقد معه وذهب للمالكية إلى أن الخيار لا يثبت للفضولى ولا للمتعاقد معه بل يكون التصرف لازماً بالنسبة لهما.

استدل الحنفية بأن الفضولى والمتعاقد معه هما اللذان باثرا العقد وحقوقه ترجع إليهما فلو قلنا بلزوم التصرف فى حقهما كان فى ذلك ضرر لهما فيثبت لهما الخيار لدفع الضرر^(١).

واستدل المالكية بأن الفضولى والمتعاقد معه قد باثرا العقد مختارين فيكون ذلك رضا منهما بما يترتب على التصرف.

ويناقش هذا بأنه لا يلزم من الإقدام على التصرف الرضى بالضرر.

(١) شرح العناية ج ٧ ص ٣١٢.

والراجع ما ذهب إليه الحنفية لأن من باشر العقد قد يندم ويريد أن يتدارك ندمه ويدفع العهدة عن نفسه فيثبت له الخيار كما ثبت لمن وقع له التصرف.

شروط ثبوت الخيار

يشتر لثبوت الخيار عند من يقول به شروط أهمها ما يلى :

١- أن يكون للتصرف الذى صدر من الفضولى من يملك إجازته حين العقد^(١) لأن تصرف الفضولى يصح بناء على أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به فى الحال والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فلا ينعقد التصرف مع الشك، وإذا لم ينعقد فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك لأن الإجازة إنما تلحق المنعقد من التصرفات.

٢- ألا^(٢) يتجدد العاقد بأن يبيع الفضولى مال الغير لنفسه لأن الأصل أن تعدد العاقد شرط لانعقاد البيع فإذا اتحد العاقدات شرط الانعقاد فلا تلحق الإجازة بعد ذلك لما تقدم.

٣- ألا^(٣) يكون الثمن والمثمن من الأعيان المملوكة لمن وقع له العقد كأن يكون لرجل عرضان ويقصب أحدهما شخص ويقصب

(١) البدائع ج ٦ ص ٣٠٢١، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢.

(٣) الدر المختار ج ٤ ص ١٤٣.

الآخر شخص آخر ثم يبيع كل واحد من الغاصبين ما غصبه للآخر فلا ينعقد التصرف لأن فائدة البيع ثبوت الملك فسي المبيع للبائع والملك هنا حاصل بدون هذا التصرف فلا ينعقد لعدم الفائدة وإذا لم ينعقد لم يثبت الخيار.

٤- ألا يشترط للفضولي الخيار لمن وقع له القعد لأن الخيار يثبت له بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له مدة محدودة مشتملا على الضرر فيكون شرطا فاسدا فيفسد العقد فلا يثبت الخيار.

٥- أن يكون من وقع له العقد كامل الأهلية فلو كان معدوم الأهلية كالمجنون أو ناقصها كالصغير المميز لم ينعقد تصرف الفضولي، ذكر هذا صاحب الدرر من الحنفية وتعقبه العلامة ابن عابدين فقال " وجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولي أو كان في ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف^(١).

وبتلخص مما ذكرناه أن شرط ثبوت الخيار أن يكون التصرف منعقداً فإن فات انعقاده لسبب من الأسباب فلا يثبت الخيار لأنه لا يلحق غير المنعقد من التصرفات.

مدة هذا الخيار:

^١ الدر المختار ج ٤ ص ١٤٢.

اتفق القائلون بثبوت الخيار على أنه ليس له وقت محدود يبدأ عنده بل يكون لمن وقع له التصرف الخيار بين الإجازة والرد من وقت علمه بالتصرف ولو تأخر هذا عن وقت إنشاء التصرف كما يثبت الخيار لمن باشر التصرف من الفضولى والمتعاقد معه من وقت إنشاء التصرف عند من يرى ثبوت الخيار للمباشر.

واختلف اللذاهبون إلى ثبوت الخيار فى قدر المدة التى يمكن أن يظل فيها الخيار باقياً فذهب الشافعية^(١) على القول بصحة تصرفات الفضولى ووقفها على الإجازة إلى أن من وقع له التصرف يثبت له الخيار بين الإجازة والرد وعند علمه بالتصرف يكون خياره على الفور بحيث لو سكت بعد علمه بالتصرف يكون سكوته رداً، لهذا التصرف.

وذهب^(٢) المالكية إلى أن من وقع له التصرف إن سكت عاما بعد العلم بالتصرف ولم يكن هناك مانع لزمه التصرف.

وذهب الحنفية إلى أن من ثبت له الخيار يبقى على خياره حتى يصدر منه ما يدل على اختياره للفسخ أو الإجازة من قول أو فعل.

استدل الشافعية بأن الخيار شرع للحاجة وهى تنفع بالتمكن من الفسخ أو الإجازة بعد العلم بوقوع التصرف.

(١) حاشية الشيرازى ج ٣ ص ٣٤.

(٢) حاشية الصوى ج ٣ ص ١٢.

ووجه للمالكية أن السنة أقل مدى للإجازة فإن سكنت من وقع له التصرف هذه المدة كان راضيا.

واستدل الحنفية بما استدلوا به فى خيار العيب وهو القياس على القصاص ويناقش بإبداء الفرق، وهو ظاهر.

ما ينتهى به هذا الخيار.

ينتهى الخيار بأمور نبحتها فيما يلى :

١- الاختيار:

فلمن ثبت له الخيار الحق فى أن يجيز التصرف أو يرد^(١) فإن اختار الإجازة انتهى الخيار ولزمه التصرف وإن اختار الرد انتهى الخيار وإنفسخ التصرف ويحصل كل واحد من الرد والإجازة بما يدل عليه من قول أو يشعر به من فعل.

فالإجازة بالقول كأن يقول من ثبت له الخيار أجزت التصرف أو رضيته أو أمضيته ونحو هذا مما يدل على الرضى ومثال الإجازة بالفعل أن يقوم من وقع له التصرف بتسليم المبيع للمشتري بعد علمه بتصرف الفضولى إن كان التصرف بيعا أو يقبض ثمن المبيع أو يتصرف فيه تصرف المالك بعد العلم بالتصرف إن كان شراء.

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣، البحر الرائق ج ٦ ص ١٦١، المجموع ج ٩ ص

٢٨٧، ورد المختار ج ٤ ص ١٤٨.

هذا بالنسبة إلى من يقع له التصرف أما بالنسبة إلى من يبأشـره وهو الفضولى والتعاقد معه فعلى القول بثبوت الخيار لهما فليس لهما ولا لأحدهما الحق فى إجازة التصرف على من وقع له^(١)، لما فى ذلك من إلزام للغير بتصرف غيره من غير إذنـه ولكن يثبت للفضولى والمتعاقد معه الخيار فى فسخ التصرف الذى بأشـراه فإن فسخـه أو فسخـه أحدهما قبل إجازة من وقع له انفسخ فلا تلحقه إجازة بعد ذلك لأنه بعد الانفساخ يكون غير منعقد.

٢- بقاء أهلية الفضولى عند الإجازة لأنه بها يصير بمثابة الوكيل فترجع حقوق العقد إليه ولا يمكن ذلك إذا زالت أهليته^(٢).

٣- بقاء أهلية من تعاقد مع الفضولى لأن حقوق العقد ترجع إليه كما فى الفضولى.

٤- بقاء أهلية من وقع له التصرف عند الإجازة لأن التصرف موقوف على نظره ولا يتصور منه إجازة ولا رد إن كان فاقـد الأهلية.

٥- قيام المعقود عليه وقت الإجازة لأن الملك فيه ينتقل بالإجازة ولا يمكن ذلك بعد الهلاك لفوات المحل.

هذا وإن زالت أهلية من بأشـر للتصرف أو من وقع له قبل الإجازة انفسخ ولا تلحقه التصرف إجازة بعد ذلك.

(١) البدق ج ٦ ص ٣٩٢٦.

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، البدق ج ٦ ص ٣٠٢٥.

وتلخص مما ذكرناه أن تصرف الفضولي عند من يقول بصحته يكون موقوفا على رضا من وقع له العقد فيكون له الحق في فسخ التصرف أو إجازته وكذلك يكون التصرف محتملا للفسخ من جانب الفضولي ومن تعاقد معه عند الأحناف وينفذ الفسخ من جانب المباشر إذا لم يجز التصرف من وقع له.

ويترتب على فسخ تصرف الفضولي زوال التصرف من أصله لأن الملك في هذا التصرف لا ينتقل إلا بالإجازة فإذا لم تحقق لم ينتقل الملك^(١).

والله تعالى أعلم.

(١) هذا وقد صرح المالكية في بيع الفضولي أن البيع منحل من جهة المالك لازم من جهة الفضولي والمشتري، ومقتضى كون البيع منحلا من جهة المالك أن المبيع لم يخرج عن ملكه وكان مقتضى هذا أن تكون غلة المبيع لملكه إذا لم يجز البيع ولكن صرح العلامة للردبسر أن الغلة تكون للمشتري إلا إذا علم أن البائع غير مالك وعلم بتعديه أو لم يتم شبهة تنفي الداء عن البائع ولعل وجه ذلك أن الغلة تكون للمشتري مقبل الإنفاق على المبيع، راجع المشرح الكبير ج ٣ ص ١٢.

فهرسٲ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٤٠	خيارات إجازة تصرفات الفضول
٣٤٠	المطلب الأول: معنى الفضولى
٣٤١	المطلب الثانى : حكم تصرفات الفضولى من حيث الصحة وعلمها
٣٤٢	الأدلة
٣٥١	المطلب الثالث : مآل بيع الفضولى ومثرائه عند القائلين بالصحة
٣٥١	آراء الفقهاء فى مشروعىة خيار الإجازة
٣٥٣	شروط ثبوت الخيار
٣٥٦	ما ينتهى به هذا الخيار
٣٥٩	فهرس الموضوعات :

بحث في طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأصوليين

إعداد

دكتور / محمد عبد السمیع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسسيوط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله خالق الأفلاك ومدبرها، ومزينها بالشهب الثاقبة ومنيرها، وجاعل حركات السيارات دالة على اختلاف أحوال الكائنات وتبديرها، ومظهر حكمه في إبداعه لأنواع موجودات العالم وتصويرها، العادل فينا قضاءه وأمضاءه من الأحكام وتقديرها، الذي شرف نوع الإنسان بالعقل الهادي إلى أدلة التوحيد وتحريرها وأهل خاصة العلماء لاستثمار أحكام الشريعة من مداركها وتقريبها.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، الذي أزل بواضح برهانه، وأزاح بصادق بيانه، ما ظهر من شبه الملحدة وتزويرها. ورضى الله عن صحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد : فإنه لما كانت الأحكام الشرعية، والقضايا الفقهية وسائل مقاصد المكلفين ومناط مصالح الدنيا والدين، أولى بالالتفات إليها، وأجدر بالاعتماد عليها، وحيث كان لا سبيل إلى استثمارها، دون النظر في مسالكها، ولا مطمع في اقتناصها، من غير التفات إلى مداركها، كان من اللزومات، والقضايا الواجبات البحث في أغوارها، والكشف عن أسرارها، والإحاطة بمعانيها، والمعرفة بمبانيها، ولما كان من ضروريات استنباط الحكم من النص قرآنا كان أو سنة معرفة المعنى،

وإدراك مرمى اللفظ والمبنى وطرق دلالاته على مراد المتكلم بالنظم والمعنى.

لذلك كثر تدأبي، وطال اغترابي، في جمع فوائدها، وتحقيق فوائدها من مباحث الفضلاء، ومطارحات النبلاء، فوجدت أنهم ساروا في بحثهم مع النص حسب تدرجه وارتباطه بمعناه، حتى يتمكنوا في الوقوف على مغزاه، وقد أشار إلى ذلك الإمام البزدوى فقال: إنما يعرف أحكام الشرع بمعرفة أقسام النظم والمعنى، وذلك إلى أربعة أقسام فيما يرجع إلى معرفة أحكام الشرع.

القسم الأول : في وجوه النظم صيغة ولغة وهي أربعة:

الخاص، والعام، والمشارك، والمأول

القسم الثاني : في وجود البيان بذلك النظم وهي أربعة:

الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

وإنما يتحقق معرفة هذه الأقسام بأربعة أخرى في مقابلتها وهي:

الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

القسم الثالث: في وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه في باب البيان

وهي أربعة:

الحقيقة، والمجاز، والصريح، والكناية .

القسم الرابع: فى وجوه الوقوف على المراد والمعانى على حسب
الوسع والإمكان وإصابة الحق (وهو المسمى بطرق
دلالة الأدلة على الأحكام الشرعية).

وهذا القسم هو محل الكلام، ولهذا سوف نفرده بالبحث والحديث عنه.

خطة البحث

هذا وقد خططت لموضوع بحثى هذا فجعلته فى مقدمة وبابين
وخاتمة، أما المقدمة: فى تعريف الدلالة وبيان أقسامها.
وأما الباب الأول: فى طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف،
وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول: فى دلالة عبارة النص.

ويتشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة عبارة النص.

المبحث الثانى: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة للنص.

الفصل الثانى: فى دلالة الإشارة .

ويتشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الإشارة.

المبحث الثانى : فى الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: فى دلالة النص

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث : ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: فى أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة النص.

المبحث السادس: فى تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

المبحث السابع: فى الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الرابع: فى دلالة الاقتضاء

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

المبحث الثالث: فى أقسام دلالة الاقتضاء.

المبحث الرابع: فى عموم المقتضى.

المبحث الخامس: في حكم دلالة الاقتضاء.

وأما الباب الثاني: ففي طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور،

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في دلالة المنطوق، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف المنطوق.

المبحث الثاني: في أقسام دلالة المنطوق.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: في المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : في تعريف المنطوق الصريح

المسألة الثانية: في أقسامه.

المطلب الثاني: في المنطوق غير الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في أقسامه.

الفصل الثاني: في دلالة المفهوم، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف دلالة المفهوم.

المبحث الثاني : في أقسامها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في مفهوم الموافقة، ويشتمل على خمس مسائل:-

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية: في شرطه.

المسألة الثالثة: في أقسامه من حيث الأولوية والمساواة في الحكم.

المسألة الرابعة: في حكم مفهوم الموافقة.

المسألة الخامسة: في أقسام مفهوم الموافقة من حيث القطعية والظنية.

المطلب الثاني: في مفهوم المخالفة .

ويشتمل على عشرة مسائل:

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في حججه.

المسألة الثالثة: في شروط العمل به.

المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة.

المسألة الخامسة: في أقسامه.

المسألة السادسة: مفهوم اللقب.

المسألة السابعة: مفهوم الصفة.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط.

المسألة التاسعة: مفهوم العدد.

المسألة العاشرة : مفهوم الغاية.

الختامة:

وأخيرا فهذا جهد المقل، فإن كنت قد وفقت فبفضل الله وعونه، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أننى بشر، والكمال لله وحده، والله أسأل أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن يجزىنى عنه يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

إعداد

د. / محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

الدلالة

تمهيد

والكلام فيها يشتمل على الآتى:

أولاً: تعريفها:

الدلالة تعريف فى اللغة وآخر فى الاصطلاح.

فالدلالة فى اللغة: مصدر دل يدل، وهو مصدر سماعى، ودلالة بفتح الدال وكسرها وضمها إلا أن الفتح أولى. والفعل دل له معان فى اللغة منها:

[١] دل بمعنى: أبان، والدلالة إيانة الشئ بأمارة نتعلمها مثل قولهم دل فلان فلانا على الطريق بينه له، ومن هذا جاء قولهم لفظ بين الدلالة

[٢] دل بمعنى: هدى وأرشد، يقال دل فلان إذا هدى، ومنه قوله ﷺ: "الدال على الخير كفاعله"^(١).

هذا وقد جاء للفعل " دل " معان أخرى كثيرة لكن الذى يهمنا فى موضوع بحثنا ما ذكرنا، وتكون الدلالة فى اللغة على هذا بمعنى الإبانة والهداية والإرشاد وكلها معان متقاربة.

(١) ينظر: كشف الخفاء للمجلونى - ج ١ ص ٤٨٠، لسان العرب - ج ٢ ص ١١٤١٣.

والدلالة في الاصطلاح:

هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم بها العلم بشيء آخر، سواء كان الشيء لفظاً أو غيره والشيء الأول هو الدال، والشيء الثاني هو المدلول.

ثانياً: أقسامها:

تنقسم الدلالة من حيث هي إلى قسمين :

- ١- دلالة لفظية. ٢- دلالة غير لفظية.

أولاً: الدلالة غير اللفظية

هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر.

أقسامها:

تنقسم الدلالة غير اللفظية إلى ثلاثة أقسام:

- ١- وضعية. ٢- طبيعية ٣- عقلية

* **الدلالة غير اللفظية الوضعية:** كدلالة الإشارة المعهودة بالرأى على

الإيجاب أو الرفض، ودلالة للنماذج

واللافتات على ما يقصد منها كدلالة المنذنة

للناظر من بعد على المسجد.

* الدلالة غير اللفظية الطبيعية : كدلالة الحمرة على الخجل،

وحركة النبض على حالة القلب، ودلالة

الأعراض الخاصة بكل مرض عليه.

* الدلالة غير اللفظية العقلية : كدلالة الأثر على المؤثر، ودلالة

وجود السبب على وجود مسببه كدلالة

الدخان على النار.

ثانيا : الدلالة اللفظية

وهي كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى.

أقسامها:

تنقسم الدلالة اللفظية إلى :

١- طبيعية . ٢- عقلية . ٣- وضعية.

١- الدلالة اللفظية الطبيعية: كدلالة لفظ " آه " على آلام الجسم.

٢- الدلالة اللفظية العقلية: كدلالة اللفظ على حياة لافظه.

٣- الدلالة اللفظية الوضعية: وهي عبارة عن كون اللفظ بحيث إذا

أرسل فهم منه المعنى للعلم بوضعه — أى بوضع اللفظ للمعنى —

واللام فى قولهم للعلم بوضعه " بمعنى عند "، وهذه الدلالة هي

المرادة هنا^(١).

(١) ينظر: التقرير والتحجير — ج ١ ص ٩٩، والتجريد البنائى — ج ١ ص ٢١٢.

وتنقسم الدلالة اللفظية الوضعية إلى :

- ١- مطابقة ٢- تضمنية ٣- التزامية .

١- دلالة المطابقة : هي فهم السامع أو إفهامه من كلام المتكلم كمال المسمى كفهم مجموع العشرة من لفظها، أو هي دلالة اللفظ على تمام مسماء سواء أكان المسمى له أجزاء، كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق، أم لم يكن له أجزاء كدلالة لفظ " الله " على الذات العلية، وسميت بذلك لأن اللفظ طابق المعنى^(١) .

٢- دلالة التضمنين: هي إفهام اللفظ للسامع جزء المسمى، كإفهام لفظ العشرة السامع له الخمسة منه، أو هي دلالة اللفظ على جزء المسمى كدلالة الإنسان على الحيوان فقط أو الناطق فقط^(٢) وسميت تضمينية؛ لأن المعنى الموضوع له اللفظ تضمن المعنى المدلول عليه.

٣- دلالة الالتزام: هي إفهام اللفظ للسامع لازم المسمى البين، أو هي دلالة اللفظ على لازم مسماء، كدلالة لفظ الإنسان

(١) ينظر : حاشية الطار - ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٨٢ .

على الكتابة مثلا^(١)، وسميت بذلك لكون المعنى المدلول عليه لازما للموضوع له.

اعتراض وجوابه:

اعترض الإمام الإسكندر على تقسيم الدلالة إلى ثلاثة أقسام بقوله: هذا التقسيم غير جامع؛ لأن دلالة العام على فرد من أفراد كدلالة لفظ المشركين على مشرك واحد لا تتخل تحت نوع من هذه الأنواع الثلاثة، فهي ليست مطابقة، لأن الفرد ليس كل المسمى ضرورة أن المسمى للفظ العام هو كل الأفراد، وليست تضمينية؛ لأن للفرد في العام ليس جزءا، وإنما هو جزئى؛ لأن الجزء يقابل الكل، والجزئى يقابل الكلى، والعام ليس كلا وإنما هو كلى، وليست التزامية؛ لأن الفرد ليس لازما لمسمى العام وهو ظاهر^(٢).

والجواب عن هذا :

ما قاله ابن السبكي: وهو أن دلالة العام على فرد من أفراد من قبيل الدلالة المطابقة؛ لأن العام وإن كان موضوعا لكل الأفراد إلا أن الحكم فيه مقصود به كل فرد من أفراد العام، ولذلك يقولون: الحكم فى العام كلية، أى مقصود به كل فرد على حدة، وليس المقصود به كل الأفراد مجتمعة، فالعام فى قوة قضايا متعددة بتعدد أفراد، وكل قضية

(١) ينظر: حاشية المطار على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٨٧، والإحكام للامدى - ج ١ ص

(٢) ينظر: شرح الإسكندر على منهاج الوصول - ج ١ ص ٣٠٧.

تعتبر قائمة بنفسها، ولا شك أن الدلالة في القضية المستقلة من قبيل الدلالة المطابقة^(١).

النسبة بين الدلالات الثلاث من العموم والخصوص

بالنظر إلى الدلالات المتقدمة نجد أن دلالة المطابقة أعم من التضمين والالتزامية؛ لأنه كلما وجدت دلالة التضمين أو دلالة الالتزام وجدت دلالة المطابقة؛ لأن شيئاً مسمى حينئذ، فاللفظ يدل عليه مطابقة، وقد توجد دلالة المطابقة ولا يوجد إلا في اللفظ الموضوع للبسائط التى ليست لها أجزاء أو لوازم بينة، فالمطابقة أعم مطلقاً^(٢).

وأما هما — أى التضمين والالتزامية — واحدة أعم من الأخرى وأخص من وجه؛ لأن الأعم والأخص من وجه، هما اللذان يجتمعان في صورة ويوجد كل واحد منهما وحده كالأبيض والحيوان، فيوجد الحيوان ولا يقى الزنجى والأبيض، ولا حيوان فى الجبر واللبن، فكذا هاهنا يوجد التضمين والالتزام كما فى اللفظ الموضوع للمركبات التى ليست لها لوازم بينة، ويجتمعان فى اللفظ الموضوع للمركبات التى لها لوازم بينة.

(١) ينظر : شرح البخارى - ج ١ ص ٢٤٤، جمع الجوامع لطفى الدين السبكي - ج ١ ص ٦٣.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ١ ص ١٧.

وجه الحصر:

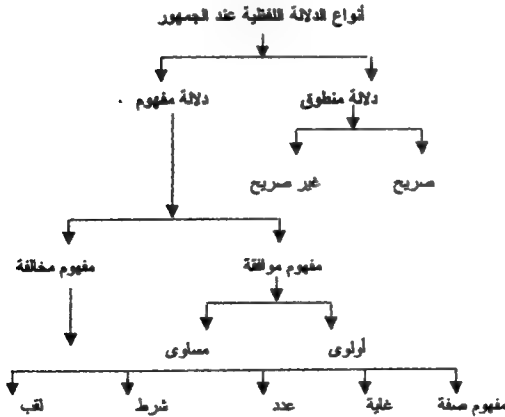
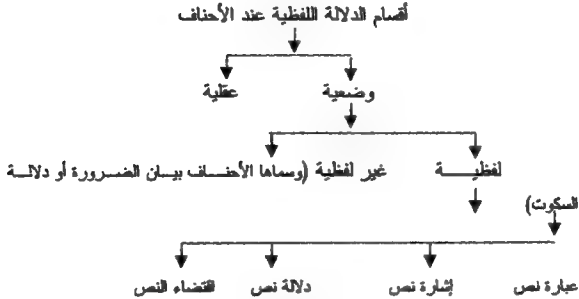
وهو أن المدلول إما وضع له اللفظ أو لا ، والأول: دلالة المطابقة،
والثاني إما أن يكون المدلول داخلا فيما وضع له اللفظ أو لا، فالأول
دلالة التضمنين، والثاني الالتزام، فثبت من هذا التقسيم الدائر بين النفسى
والإثبات الحصر فى الثلاث^(١).

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ١ ص ١٧، والتقرير والتحرير - ج ١ ص ٩٨.

تقسيم الدلالة اللفظية الوضعية عند الأصوليين

نقول: لسهولة الإحاطة بتقسيم الدلالة عند الأصوليين ننكر هذا

التقسيم في الجدول الآتي:



الباب الأول

فى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

ويشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول: دلالة عبارة النص.

الفصل الثانى: دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: دلالة النص.

الفصل الرابع: دلالة الاقتضاء.

الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية.

الباب الأول

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

وقبل بيان هذه الطرق نشير إلى جزئية مهمة هاهنا وهى:

[بيان الفرق بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ]

فنقول:

دلالة اللفظ: هى فهم السامع، وأما الدلالة باللفظ فهى استعمال اللفظ إما فى موضوعه وهو الحقيقة، أو فى غير موضوعه لعلاقة بينهما وهو المجاز، وأما استعماله لغير علاقة قال العلماء: هو وضع مستأنف من ذلك المستعمل كما إذا قال الله أكبر، أو كما قال اسقنى ماء، ويريد بذلك طلاق زوجته.

والباء فى قولهم "الدلالة باللفظ" باء الاستعانة؛ لأن المتكلم استعان بلفظ على إفهامنا ما فى نفسه كما يستعان بالقلم فى الكتابة. هذا ويقع الفرق بينهما (أى بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ) فى خمسة عشر فرقاً :

أحدها: أن دلالة اللفظ للسامع والأخرى صفة للمتكلم.

ثانيها: أن دلالة اللفظ محلها القلب؛ لأنه موطن العلوم والظنون، والأخرى محلها اللسان وقصبة الرئة.

وثالثها: أن دلالة اللفظ علم أو ظن والأخرى أصوات مقطعة.

رابعها: أن دلالة اللفظ مشروطة بالحياة.

وخامسها: أن أنواع دلالة اللفظ ثلاثة: المطابقة، والتضمن والاستزام لا تتصور في الدلالة باللفظ ولا يعرض لها. وأنواع الدلالة باللفظ اثنان الحقيقة والمجاز لا يعرضان لدلالة اللفظ^(١).

وسادسها: أن دلالة اللفظ مسببة عن الدلالة باللفظ، فالفهم ينشأ عن النطق والدلالة باللفظ سبب.

وسابعها: أنه كلما وجدت دلالة اللفظ وجدت الدلالة باللفظ؛ لأن فهم مسمى اللفظ فرع النطق باللفظ، وقد توجد الدلالة باللفظ دون دلالة اللفظ، لعدم تعلق السامع لكلام المتكلم لصارف؛ إما لكونه لا تعرف لغته، أو استعمل لفظاً مشتركاً دون قرينة، أو بقرينة لم يفهمها السامع.

وثامنها: أن دلالة اللفظ حقيقة واحدة لا تختلف في نفسها؛ لأنها إما علم أو ظن، وهما أبد الدهر على حالة واحدة، والدلالة باللفظ وهى استعماله تختلف، فتارة يوجب الاستعمال تقديم خبر المبتدأ، وتارة يوجب تقديم الفاعل، وتارة لا يوجب إلى غير ذلك من اختلاف أوضاع اللغة العربية.

(١) ينظر: أصول لغة الشيوخ زهير - ج ٢ ص ٩، شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول - ج ١ ص ٢٦، ونفوس الأصول فى شرح المحصول ج ١ ص ٥٤٣ - ط نزار مصطفى الباز.

وتاسعها: أن الدلالة باللفظ المشترك لا تدرك بالحس في مجرى العادة، والدلالة باللفظ تسمع.

وعاشرها: أن الدلالة باللفظ لا تتصور في الغالب إلا من مسميات عديدة نحو قام زيد فإن كل حرف منه مسمى لاسم من حروف الجمل، والنطق بالحرف الواحد نحو "ق" و"و" من "نادر، وأما الأخرى فدائما هي مسمى واحد وهي علم أو ظن.

وحادي عشرها: أن دلالة اللفظ تأتي من الأخرس بخلاف الأخرى.

وثاني عشرها: للدلالة باللفظ لا تقوم إلا بمتحيز، ولذلك أخلصنا الأصوات على الله تعالى، ودلالة اللفظ على قيامها بغير المتحيز، ولذلك فإن الله تعالى له علم متعلق بجميع المعلومات، وسمع جميع الكلام والأصوات.

وثالث عشرها: دلالة اللفظ لا تتصور من غير سمع، فإن فهم معنى اللفظ فرع سماعه، والأخرى تتصور من الأصم الذي طرأ عليه الصمم، فإن الذي لا يسمع قط لا يتصور منه النطق باللغات الموضوعية؛ لأنه لم يسمعها ليحكيها.

ولذلك قال الأطباء: إن الخرس أصابتهم غالبا في آذانهم لا في ألسنتهم فلم يسمعوا شيئا يحكوه، فلذلك لا يتكلمون.

ورابع عشرها: أن الدلالة باللفظ اتفق العقلاء على أنها من المصادر التي لا تبقى زمانين، واختلفوا في دلالة اللفظ هل تبقى أم لا^(١).

وخامس عشرها: الدلالة باللفظ توصف بالفصاحة وغيرها مما يوصف به المتكلمون في كلامهم، ودلالة اللفظ لا توصف بشئ من ذلك، ولا يوصف العلم الحاصل عن النطق بغير كونه علماً والظن الناشئ عن النطق قد يوصف بالقوة بخلاف العلم.

ثانياً: الفرق بين الوضع والاستعمال والعمل

أيضاً مما تجدر الإشارة إليه هنا هو بيان الفرق بين الوضع والاستعمال والحمل فإن هذه المصطلحات تلتبس على الكثير من الناس، وهي متعلقة بما نحن فيه والحاجة إليها ماسة .

فلوضع في الاصطلاح: يقال بالاشتراك على ثلاث معانٍ.

أحدها: جعل اللفظ دليلاً على المعنى كتسمية الولد زيداً، ومنه وضع اللغات.

وثانيها: استعمال اللفظ في المعنى حتى يصير أشهر فيه من غيره، وهذا هو وضع الحقائق الشرعية والعرفية، فإن حملة الشريعة اتفقوا على تسمية الاعتكاف للباس الخاص، والموالة والسترتيب للصفتين الخاصتين في الطهارات.

(١) ينظر : مختصر المنهى بشرح المضد ج ١ ص ٣٠، والمتصفي ج ١ ص ٨٠.

وثالثها: أصل الاستعمال ولو مرة واحدة، وهو المراد من قول العلماء من شرط المجاز الوضع أو ليس من شرطه ذلك خلاف، ومرادهم بالوضع أنه لا بد أن يسمع من العرب النطق بذلك النوع من المجاز ولو مرة واحدة وضعاً إلا في هذا الموضع.

وأما الاستعمال: فهو إطلاق اللفظ وإرادة مسماء بالحكم وهو الحقيقة أو غير مسماء لعلاقة بينهما وهو المجاز.

والحمل: هو اعتقاد السامع مراد المتكلم من اللفظ.

فمعنى قول العلماء إن الإمام الشافعي رحمه الله حمل قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾، على الأطهار أى اعتقد مراد الله تعالى من الآية، وأن أبا حنيفة رحمه الله حمل الآية على الحيض، فاعتقد أن هذا مراد الله تعالى من الآية، فيؤول الحمل على دلالة اللفظ فتحصل أن الوضع سابق والحمل لاحق، والاستعمال متوسط، وأن المستعمل والحامل معلوماً، والواضع مجهول على الخلاف فى ذلك وأن كل واحد منها يأتى منه الاستعمار والحمل ويتعذر منه الوضع، فهذه فروق ثلاثة بين الوضع والآخرين^(١).

هذا ولقد كانت الحاجة إلى بيان هذا الفرق هامة هنا، وذلك لأن الاستدلال بألفاظ النصوص الشرعية على الأحكام يتوقف على معرفة أمرين:

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البيهقي - ج ١ ص ٢٠.

الأمر الأول : عدم الخطاب باللفظ المهمل وهو الذى لا دلالة له على معنى من المعانى مثل " ديز " مقلوب " زيد "؛ لأن الخطاب بما لا يدل على معنى من المعانى نقص وهو محال على الله.

الأمر الثانى : عدم الخطاب بلفظ يدل على معنى ويراد به غير ذلك المعنى دون قرينة تبين المعنى الذى أريد من اللفظ؛ لأنه يكون شبهها بالمهمل، ويتعذر الاستدلال بالألفاظ على الحكم الشرعى^(١) حينئذ إذا تمهد هذا فنقول:

منهم الأحناف فى الاستدلال بالألفاظ على الأحكام

للحنفية منهج متميز فى تقسيم الألفاظ من حيث الدلالة على الأحكام، وذلك لأن استنباط الأحكام من الألفاظ والعبارات الواردة فى الكتاب والسنة لا يمكن إلا بعد فهم المعنى، ولما كان فهم المعنى تارة يكون عن طريق لفظ النص وعبارته، وتارة يكون عن طريق إشارته، وتارة عن طريق دلالاته، وتارة يكون عن طريق اقتضائه.

إذا قسم علماء الأحناف الدلالة اللفظية إلى أربعة أقسام:

- ١- عبارة نص . ٢- إشارة نص ٣- دلالة نص ٤- اقتضاء نص^(٢)

(١) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣٠٥.

(٢) ينظر: تسهيل الوصول للمحلى - ص ٩٠ .

وجه الحصر:

قال الإمام صدر الشريعة في وجه انحصار الدلالة في هذه الأقسام الأربعة:

التقسيم الرابع: في كيفية دلالة اللفظ على المعنى، فهي على الموضوع له أو جزئه أو لازمه عبارة إن سيق للكلام له، وإشارة إن لم يسق الكلام له، وعلى لازمه المحتاج إليه اقتضاء، وعلى الحكم فسي شيء يوجد فيه معنى يفهم لغة أن الحكم في المنطوق لأجله دلالة^(١).

وقال الإمام سعد الدين التفتازاني فيه :-

التقسيم الرابع: في كيفية دلالة اللفظ على المعنى، وقد حصروها في عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضائه، ووجه ضبطه على ما ذكره القوم: أن الحكم المستفاد من النظم إما أن يكون ثابتاً بنفس النظم أو لا، والأول إن كان النظم مسوقاً لهو فهو للعبارة وإلا فهو الإشارة، والثاني: إن كان الحكم مفهوماً منه لغة فهي للدلالة أو شرعاً فهو الاقتضاء وإلا فهو التمسكات الفاسدة^(٢).

وباستقراء ما ورد عن العلماء نرى في وجهة الحصر: أن المعنى الذي يدل عليه النظم إما أن يكون عين الموضوع له أو جزؤه

(١) ينظر: التوضيح لمقن التتقيح - ج ١ ص ١٢٩.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ - حاشية للفرى على التلويح - ج ٢

ص ١ فواتح للرحموت شرح مسلم الثبوت - ج ١ ص ٤٠٧ ، حاشية نسمات الأسحار ص

أو لازمه المتأخر أو لا يكون كذلك، والأول إما أن يكون سوق الكلام له فيسمى دلالة عليه عبارة أو لا بإشارة، والثاني فإن كان المعنى لازماً متقدماً للموضوع له فالدلالة اقتضاء، وإلا فإن كان يوجد في ذلك المعنى علة يفهم كل من يعرف اللغة أى وضع ذلك اللفظ لمعناه أن الحكم في المنطوق لأجلها فدلالة نص، وإلا فلا دلالة له أصلاً، والتمسك بمثله فاسد فالأقسام المذكورة صفة للدلالة، ويحصل باعتبارها تقسيم النظم؛ لأنه إما أن يدل بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء أو الدلالة.

الفصل الأول

في تعريف عبارة النص وما ثبت بها من أحكام وحكمها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريفها

المبحث الثاني: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الأول

دلالة عبارة النص^(١)

الكلام فيها يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريفها:

قد عرفها الإمام البزدوى بأنها: ما سيق الكلام له وأريد به قصدا، وعليه يكون الإمام البزدوى اشتراط في هذه الدلالة شرطين أساسيين وهما:

سوق الكلام لأجله، وكونه مقصودا قصدا أصليا^(٢).

(١) ليس المراد بكلمة نص في هذا الموضوع هو ما يعنيه الأصوليون في تعريف للنص الذي هو في مقابلة الظاهر، والذي قالوا في تعريفه أنه عبارة عن دلالة اللفظ على المعنى دلالة لا يحتمل غيرها، بل المراد بالنص هنا إما هو اللفظ الذي يفهم منه سواء كان هذا اللفظ دالا على المعنى بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز، وهو بذلك يشمل الظاهر والخبى والخاص والعام والصريح والكتابة، فيكون إثبات الحكم بهذه الألفاظ استدلالا بعبارة النص وإما أطلق النص على ما كان من الكتاب والسنة اعتبارا للغائب، فإن غالب ما ورد منهما نص وهذا هو المراد هنا لا النص الذي ازداد وضوحا على الظاهر — ينظر: شرح المنار ج ١ ص ٥٢٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار — ج ١ ص ٢١٠.

وعرفها الإمام المرخسي بأنها:

ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناول منه^(١).

وعرفها صدر الشريعة: بأنها دلالة اللفظ على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه المتأخر^(٢).

فقال صاحب شرح المنار: إن في كلمة الاستدلال بعبارة النص فيه تسامح؛ لأن الاستدلال صفة المعنئيل، وليس من أقسام الكتاب لكن لما لم نقد الأقسام بدونه عده منها^(٣).

ونستطيع على ضوء ما تقدم أن نقول: إن الاستدلال بعبارة النص معناه العمل بظاهر ما سيق الكلام له، والمراد من العمل عمل المجتهد لا عمل الجوارح، كما إذا قيل الزكاة واجبة لقوله تعالى ﴿وآتوا الزكاة﴾، والزنا حرام لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا﴾^(٤)، فهذا وأمثاله هو العمل بظاهر النص، وهو عين الاستدلال بعبارة^(٥)، وعلى هذا يكون تعريف دلالة النص من وجهة نظرنا هو:

(١) ينظر: أصول المرخسي ج ١ ص ٢٣٦.

(٢) ينظر: التوضيح لمعن التقيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٣) ينظر: شرح المنار - ج ١ ص ٥٢٠.

(٤) سورة الإسراء من الآية: [٣٢].

(٥) ينظر: كشف الأسرار - ج ١ ص ٣٧٤.

دلالة اللفظ على ما كان الكلام مسوقا له أصالة أو تبعا،
والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام، والمقصود تبعا غرض
ثان يدل عليه اللفظ، ويمكن تحقق الغرض بدونه.

ما الفرق بين الاستدلال بعبارة النص والنص؟

الاستدلال بعبارة النص من قبيل المعنى؛ لأن العبارة وإن كانت
نظما إلا أن نظر المستدل إلى المعنى دون النظم، إذ الحكم إنما يثبت
بالمعنى دون النظم نفسه، إلا أن المعنى لما كان مفهوما من النظم
سمى الاستدلال به استدلالا بالعبارة، وهو في الحقيقة استدلال بالمعنى
الثابت بالعبارة، فيصلح أن يكون من أقسام المعنى بهذا الطريق^(١).

المبحث الثاني

ما ثبت من أحكام بعبارة النص

نذكر هنا بعض الأحكام الثابتة بهذه الدلالة والتي منها ما يأتي :

- ١- قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(٢) فإنه يدل بلفظه
وعبارته على حكمين :

(١) ينظر: شرح المنار - ص ٥٨.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٧٥].

أحدهما:

التفرقة بين البيع والربا، وأن البيع لا يماثل الربا، فالبيع حلال والربا حرام، وهذا الحكم هو المقصود أول وبالثبات من سوق الآية؛ لأن الآية نزلت للرد على الذين قالوا: ﴿ إنما البيع مثل الربا ﴾ .

وثانيهما:

حل البيع وتحريم الربا، وهذا الحكم مقصود تبعاً، ليتوصل به إلى إفادة الحكم المقصود أصالة، فإن اختلاف حكم البيع وحكم الربا موصل إلى نفى المماثلة بين البيع والربا، فدلالة هذا النص على كل من هذين الحكمين من قبيل دلالة العبارة^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طلَب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾^(٢) فهذه الآية تدل بلفظها وعبارتها على حكمين :

أحدهما: ما سبقت له أصلاً، وهو إياحة الزواج بأكثر من واحدة إلى أربع بشرط عدم الخوف من الجور وظلم الزوجات، ووجوب الاقتصار على الواحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عند التعدد، والدليل على أن هذه هي الذي سبقت له الآية ما ورد أنها جاءت في شأن الأوصياء، والذين كانوا يتخرجون من الوصايا على اليتامى خوفاً من الوقوع في

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البيهقي ج ١ ص ٤٧.

(٢) سورة النساء من الآية: [٣].

ظلمهم، وأكل أموالهم من أنهم كانوا لا يترجون من ظلمهم الزوجات حيث كان الواحد منهم يجمع في عصمته ما شاء منهن من غير حصو، ولا يعدل بينهن، فقال لهم المولى ﷺ إن خفتم الوقوع في اليتامى فترجتم من الولاية عليهم فخافوا أيضا الوقوع في ظلم النساء، والميل إلى بعض الزوجات دون بعض.

وثانيهما: ما سيقّت له تبعاً، وهو إياحة الزواج الدال عليه قوله تعالى: ﴿ فاتكحوا ﴾ فهذا الحكم ليس مقصوداً قصداً أصلياً من سياق الآية وإنما نكر بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلي^(١).

٣- قوله تعالى: ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾^(٢)، فإن الآية بلفظها وعبارتها تدل على حكمين :

أحدهما: حرمة شهادة الزور، وهو المقصود الأصلي من عبارة النص؛ لأن الآية سيقّت أصلاً لبيان هذا الحكم.

وثانيهما: حرمة عقاب شاهد الزور من قبل الحاكم، وهذا الحكم مقصود بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلي من سوق الآية.

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٢٧٥، أصول السرخسي ج ١ ص ٢٢٦.

(٢) سورة الحج من الآية: [٣٠].

المبحث الثالث

حكم دلالة العبارة

هذه الدلالة يثبت بها الحكم المستفاد منها قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، فإن كانت من قبيل العام وخص منه البعض، فإنها لا تفيد القطع، وإنما تكون دلالتها على الأحكام المستفادة منها بعد التخصيص دلالة ظنية، فمثلا حل البيع الثابت بالآية الأولى عام؛ لأنه شامل للبيوع الربوية والبيوع الشرعية، فتكون البيوع الربوية داخلة في الحل إلا أنه ورد على هذا العموم ما يخصه، وهو ما أثبت الشارع حرمة من البيوع بدليل مستقل^(١).

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٤٨ ، أصول المرحسي ج ١ ص ٢٣٧.

الفصل الثاني

في تعريف دلالة الإشارة والفرق بينها وبين العبارة وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة

المبحث الثاني: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثاني

دلالة الإشارة

المبحث الأول

تعريفها:

أولاً: فى اللغة: الإشارة فى اللغة : الدلالة على المحسوس بمشاهد باليد أو غيرها^(١).

ثانياً: فى الاصطلاح:- اختلفت عبارة العلماء فى تعريف دلالة الإشارة فى الاصطلاح.

عرفها الإمام البخارى: بأنها دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعاً، ولكنه من لوازم المعنى المقصود ويحتاج فى إدراكه إلى شئ من التأمل.

وعرفها الإمام السرخسى: بأنها ما لم يكن السياق لأجله لكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ، من غير زيادة فيه ولا نقصان، وبه تتم البلاغة ويظهر الاعجاز^(٢).

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على ما لم يقصد به (أى باللفظ) أصلاً^(١).

(١) ينظر: التقرير والتحجير _ ج ١ ص ١٠٧، وكشف الأسرار على أصول البزدوى _ ج ١ ص ٤٧، مختار الصحاح _ ص ١٩.

(٢) ينظر: أصول السرخسى _ ج ١ ص ٢٣٦.

وعرفها الكمال بن الهملم: بأنها دلالة اللفظ على ما لم يقصد به أصلاً
(أى لا أصالة ولا تبعاً)^(١).

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على معنى لم يكن مسوقاً له
سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزاءه أو
لازمه^(٢).

وعرفها الإمام النسفى فقال: وأما الاستدلال بإشارة النص: فهو العمل
بما ثبت بنظمه لغة لكنه غير مقصود ولا سيق له النص،
وليس بظاهر من كل وجه^(٣).

ويستقرأ ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الإشارة يتبين لنا:
أولاً: أن جمهور الأصوليين من الحنفية وإن اختلفت عبارتهم من ناحية
اللفظ إلا أنها متحدة من ناحية المعنى وعلى هذا يكون التعريف
المختار عند الجمهور هو المعرف لها بأنها: دلالة اللفظ على معنى
غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعاً، لكنه لازم للمعنى
المقصود منه لزوماً عقلياً أو عادياً.

(١) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١٠٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٨٧.

(٣) ينظر: التوضيح لمن التقيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٤) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٧٥.

ثانياً: أن صدر الشريعة وبعض المتأخرين من العلماء خالفوا الجمهور في ذلك حيث ذهبوا إلى أن المعنى المفهوم بطريق الإشارة مقصود للمتكلم، ولكنه ليس مقصوداً له بطريق الأصالة بل بطريق التبع. ودليلهم على ذلك: أن ما لا يكون مقصوداً للمتكلم أصلاً لا يصح الاعتدال به، ودلالة الإشارة يثبت بها كثير من الأحكام الشرعية ولا يتصور أن يثبت للحكم بشئ لا يقصد للشارع منه ذلك الحكم، وهذا ما نميل إليه^(١).

وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم:

قال الإمام النعنفى: في وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم: أنه لما لم يكن النص مسوقاً له لم يكن ظاهراً من كل وجه بل فيه نوع خفاء ولا يدرك صريحاً بل إشارة ونظيره في المحسوسات: أن من نظر إلى شئ يقابله فرآه ورأى مع ذلك غيره يمنة ويسرة بأطراف عينيه من غير قصد، مما يقابله فهو المقصود بالنظر وما وقع عليه أطراف بصره فهو مرئى بطريق الإشارة تبعاً لا قصداً^(٢).

وقال صاحب التقرير والتحبير: سميت دلالة الإشارة بذلك؛ لأن السامع لا يقبّله على ما سيق له الكلام كأنه غفل عما في ضمنه فهو يشير إليه، وقالوا: ونظير العبارة والإشارة من المحسوس أن ينظر إنسان

(١) ينظر: التوضيح لمن التفتيح - ج ١ ص ١٣١، حاشية نسمات الأسرار - ص ١٤٤.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنعنفى - ج ١ ص ٣٧٥.

إلى مقبل عليه فيذكره ويدرك غيره بلحظة يمنية ويسره، فأدراكه
المقبل كالعبارة وغيره كالإشارة^(١).

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة .

تتفق العبارة مع الإشارة في أن كلا منهما يجب أن يكون ثابتاً
باللفظ سواء دل اللفظ على عين الموضوع له أو جزئه أو لازمه
المتأخر كما وضحنا ذلك سابقاً ولكن تختلف العبارة عن الإشارة في
أن المعنى الذى دل عليه اللفظ إن كان الكلام مسوقاً له فهو
الاستدلال بالعبارة، وإن لم يكن الكلام مسوقاً له فهو الاستدلال
بالإشارة، وقد وضع ذلك الإمام التفتازانى فقال: إن عبارة النص
دلالتة على المعنى للمسوق له سواء كان ذلك المعنى عين
الموضوع له أو جزؤه أو لازمه المتأخر، وإشارة النص دلالتة على
أحد هذه الثلاثة إن لم يكن مسوقاً، وإنما قلنا ذلك لأن الحكم الثابت
بالعبارة في اصطلاح الأصوليين يجب أن يكون ثابتاً بالنظم
ويكون مسوقاً للكلام له، والحكم الثابت بالإشارة يجب أن يكون ثابتاً
بالنظم ولا يكون مسوقاً للكلام له.

قل صاحب التقرير والتحبير: فى الفرق بينهما كذلك إن الوقوف على
المعنى الإشارى يحتاج إلى تأمل؛ لأنهم — أى العلماء — مطبقون

(١) ينظر : التقرير والتحبير — ج ١ ص ١٠٧.

على أنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قبل الإشارة من العبارة كالكتابة من للصريح^(١).

كما ذكر الفرق بين الظاهر وإشارة النص فقال: والظاهر والإشارة وإن استويا من حيث إن للكلام لم يسق لهما إلا أنهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة ممن غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن يزداد على الكلام أو ينقص منه.

وقال الدبوسي : في وصف الدال بالإشارة: وبمثله يظهر حد البلاغة ويظهر الإعجاز^(٢).

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول في الفرق بين دلالة العبارة ودلالة الإشارة نستطيع أن نقول: إن إشارات النصوص هي معان التزامية منطقية وفي إدراكها تتفاوت العقول والأفهام وأهل الخبرة في فهم الألفاظ الشرعية هم المختصون باستخراج تلك المعاني الالتزامية، فعبارات النصوص يفهمها الفقيه وغير الفقيه، أما إشارات النصوص فإنه لا يفهمها إلا الفقيه فقط^(٣).

(١) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١٠٧، التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٠.

(٢) ينظر: تقويم الأكلة لأبي زيد الدبوسي - ص ٢٠٥.

(٣) ينظر / كشف الأسرار على أصول البزدوي - ج ٢ ص ٢٣٤، وأصول للشاش - ص

المبحث الثالث

أمثلة لما ثبت من أحكام بطريق دلالة الإشارة

ذكر الأصوليون للاستدلال بإشارة النص أمثلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تدانيتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ولملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخس منه شيئا﴾ (١).

فإن هذا النص دل بعبارته:

على أن المكتوب يجب أن يكون صحيحا ومطابقا لإرادة المملى؛ لأن وصف الكتابة بالعدل يفهم منه بصريح اللفظ هذا، وهذا الحكم هو المقصود من سياق الكلام.

ودل بإشارته على أن هذا المكتوب يكون حجة على من أملاه بحيث لا يستطيع أن ينكر ما اشتمل عليه ما دام أنه غير مزور؛ لأن هذا الحكم من لوازم المعنى الأول، وهذا الحكم ليس مقصودا من سوق الكلام.

٢- قوله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذی القربى والیتامى والمساكين وابن السبیل کی لا يكون

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٨٢].

دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب^(١) للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ﴿١﴾.

فالآيتان دللتا بعبارتهما على استحقاق الفقراء المهاجرين نصيبا من الفئ لأن الآية سبقت لبيان هذا الحكم، ودلت بإشارتها على أن الذين هاجروا من مكة إلى المدينة قد زالت أملكهم عما خلفوا بمكة لاستيلاء الكفار عليها؛ لأن الله سماهم الفقراء والفقير حقيقة عند الأحناف — من لا يملك المال، لأن من بعدت يده عن المال، فهو لاء كانوا أصحاب ديار وأموال بمكة، كما دلت بطريق الإشارة أيضا على ثبوت الملك في هذه الأموال لمن استولوا عليها لنلا يؤول للملك لا إلى مالك^(٢).

٣- قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾^(٣).

فإن هذا للنص قد أفاد بطريق العبارة أن الحكم في الإسلام يقوم على الشورى بين جماعة المسلمين .

(١) سورة الحشر: آية : [٨٠٧].

(٢) ينظر: أصول المرخسى — ج ١ ص ٢٣٦، التقرير والحجبر — ج ١ ص ١٠٨، كشف

الأسرار للنسفي — ج ١ ص ٣٧٧، فوائح الرحموت بشرح مسلم النبوت — ج ١ ص ٤٠٧.

(٣) سورة الشورى من الآية : [٢٨].

ويفيد بدلالة الإشارة على وجوب تخير الأمة لجماعة تراقب الحاكم وتشاركه في سن أنظمة الحكم؛ لأن هذا الحكم من لوازم الحكم الثابت بطريق العبارة^(١).

٤- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢). فإن هذه الآية دلت بعبارتها على أن نفقة اللواتي المرضعات وكسوتهن واجبة على الوالد الذي عبر عنه المولى بقوله " المولود له"، وهذا الحكم هو المقصود قصدا أصليا من سياق الآية، ودلت بإشارتها على عدة أحكام منها.

١- أن الولد ينسب إلى الأب؛ لأن المولى أضاف الولد إليه بحرف اللام فيكون دالا على أنه المختص بالنسبة إليه، ولما كان الولد لا يختص بالوالد من حيث الملك بالإجماع، فيكون مختصا به من حيث النسب، وهذا النسب لازم للمعنى الذي وضع له لفظ اللام. قال الرهاوى في حاشيته ما نصه:

أحقية الوالد بالولد إما ملكا أو نسباً، والأول منتف بالإجماع، فتعين الثاني على وجه يترتب عليه فوائد زيادة على ما يترتب عليه

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ أبي زهرة - ص ١٤١.

(٢) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

مثلاً بالنسبة إلى الأم كالإمامة للكبرى والكفاءة، واعتبار مهر المثل وغيرها من الأمور التي ينفرد بها الأب^(١).

٢- أن نفقة الولد على أبيه لا يشاركه أحد فيها؛ لأنه لما لم يشاركه أحد في النسب، فلا يشاركه أحد في حكمه وهو الإنفاق؛ لأن من له غنم للنسب يكون عليه غرم الإنفاق إذ الغرم بالغنم، وهذا الحكم لازم لما دل عليه النص بطريق العبارة لزوماً ظاهر^(٢).

ما يترتب على هذه الآية من فروع بمقتضى ما ثبت بها من أحكام بطريق دلالة العبارة والإشارة.

قال الإمام السرخسي: في بيان الفروع المترتب على هذا: أن للأب تأويلاً في تفسير الولد وماله، فإن الإضافة بحرف اللام دليل الملك كما يضاف العبد إلى سيده: فيقال هذا العبد لفلان، وإلى هذا أشار الرسول ﷺ بقوله "أنت ومالك لأبيك"^(٣)، ولشبهت التأويل له في نفسه وماله قلنا: لا يستوجب العقوبة بإتلاف نفسه ولا يحد بوطء جاريته وإن علم حرمتها عليه.

(٢) ينظر حاشية الرملى على المنار - ص ٥٢٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٧٦، أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٣٧.

(٣) رواه ابن ماجه: ينظر من ابن ماجه، كتاب للتجار، حديث رقم ٢٢٨٢، الإمام أحمد

ينظر: مسند الإمام أحمد - حديث رقم ٦٦٠٨.

— أن الأب لا يشاركه في النفقة على الولد غيره؛ لأنه هو المختص بالإضافة إليه، والنفقة تنبئ على هذا الإضافة كما وقعت الإشارة إليه في الآية .

- إن استتجار الأم للإرضاع حال قيام النكاح بينهما لا يجوز؛ لأنه جعل النفقة لها عليه باعتبار عمل الإرضاع بقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ ^(١) فلا يستوجب بدلين باعتبار واحد.

- أن ما يستحق بالإرضاع من النفقة والكسوة لا يشترط فيه إعلام الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف، فيكون دليلاً لأبى حنيفة — رحمه الله — في جواز استتجار الظئر بطعامها وكسوتها ^(٢).

وقال ابن أمير الحاج:

ثبت أحكام من انفرده بنفقته والإمامة والكفاءة وعدمها، أى فظهر أثر هذا الاختصاص في أفراد الولد بوجوب نفقة الولد عليه كالعبد لما كان مختصاً بالمولى لا يشاركه أحد في نفقته، وفي تعديه أحكام شرعت للأب مع عودتها إليه إذا كان على ما عليه الأب من الصفات المشروطة لتلك الأحكام حتى لو كان الأب أهلاً للإمامة الكبرى وكفى للقرشية لاستجماع شرائطها التى منها

(١) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٢) ينظر: أصول المرخسى — ج ١ ص ٢٣٧.

كونه قرشياً تعدى إلى الابن كونه كذلك إذا توافرت فيه بقية شرائطها، ولو كان الأب غير أهل وكفاء لهما لكونه جاهلاً غير قرشى كان الابن كذلك، ما لم يخرج الدليل — أى إلا ما أخرجه الدليل من الأحكام التى هى مقتضى اختصاصه بالنسب عنها كالحرية والرق، فإن الابن يتبع الأم فيهما، وإن اتصف الأب بضد ما الأم عليه منهما^(١).

المبحث الرابع

أقسام دلالة الإشارة

قال ابن عبد الشكور: ومنها الإشارة وهى دلالة التزامية لا تقصد أصلاً، والأذهان متفاوتة فى فهمها، لكونها بعلاقة للزوم، وهو قد يكون جلياً فدلالته جلية، وقد يكون خفياً فدلالته خفية^(٢).

وقال الإمام السرخسى: فمنه — أى من الثابت بالإشارة — ما يكون موجباً للعلم قطعاً بمنزلة الثابت بالعبارة، ومنه ما لا يكون موجباً للعلم وذلك عند اشتراك معنى الحقيقة والمجاز فى الاحتمال مراداً بالكلام^(٣).

(١) ينظر: التقرير والتحبير — ج ١ ص ١٠٧، ١٠٨.

(٢) ينظر: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت — ج ١ ص ٤٠٧.

(٣) ينظر: أصول السرخسى — ج ١ ص ٢٣٧.

وقال الكمال بن الهملم: وقد يتأمل، أى يقع التأمل فى استخراج المعنى الإشارى من اللفظ، قال صاحب الكشف: فكما أن إدراك ما ليس بمقصود بالنص مع المقصود به من قوة الإبصار، فإن فهم ما ليس بمقصود من الكلام فى ضمن المقصود به من قوة الذكاء^(١).

وقال ابن أمير الحاج: وقد يتأمل أى يحتاج فى الوقوف على المعنى الإشارى إلى تأمل فإنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قيل الإشارة من العبارة كالكناية من الصريح، وللظاهر والإشارة وإن استويا من حيث الكلام لم يمتق لهما قد اختلفا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة من غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن تزداد على الكلام أو ينقص منه، ثم إن كان القموض يزول بأدنى تأمل فهى إشارة ظاهرة، وإن كان محتاجا إلى زيادة تأمل فهى إشارة غامضة^(٢).

وعلى ضوء ما ورد عن العلماء نستطيع أن نقول: إن دلالة الإشارة أنواع، وذلك لأنه قد تكون دلالة الإشارة ظاهرة يمكن فهمها

(١) ينظر: تيسر التحرير - ج ١ ص ٨٧.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١٠٧.

بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة بصيرة وتأمل، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين لاختلافهم فى التأمل فقد يظن بعضهم لما لا يظن له غيره، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام، وعليه فإن أقسام دلالة الإشارة كالآتى:

(١) ما تكون دلالة الإشارة فيه ظاهرة :

ومثاله قوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ ^(١)، فهذا النص يدل بعبارته على إباحة الاتصال بالزوجة اتصالاً جنسياً فى أى لحظة من لحظات ليالى الصيام إلى طلوع الفجر، وهو المقصود الأول بالمسياق، ويدل بإشارته على صحة الصوم مع الجنابة حيث يلزم من جواز إباحة الوقاع إلى آخر لحظة من الليل أن يطلع الفجر قبل التمكن من الاغتسال، وهذا للزوم لزوماً ظاهراً وواضحاً ^(٢).

ويدل أيضاً بإشارته على صحة نية الصوم بعد طلوع الفجر، وذلك يكون بالنية والإمساك، وبه عرفنا صحة النية بعد طلوع الفجر،

(١) سورة البقرة من الآية: [١٨٧].

(٢) ينظر: فوائح الرحمت بسرح مسلم الثبوت - ج ١ من ٤٠٧، ٤٠٨، كشف الأسرار للنسفى

- ج ١ من ٣٢٧.

ولأن جواز التقديم للتخفيف، إذ لا معنى لاشتراط نية الأداء في غير وقت الأداء^(١).

ومن أمثلة دلالة الإشارة للظاهرة أيضا قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضواهن فريضة ﴾^(٢)، فهذا النص يدل بعبارته على جواز الطلاق قبل الدخول، وقبل فرض المهر، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي من سياق النص. ويدل بإشارته على صحة عقد النكاح من غير تسمية مهر؛ لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح، وهذا للزوم لزوم ظاهر وواضح^(٣).

٢- ما تكون دلالة الإشارة فيه خفية بحيث يحتاج إدراكها إلى دقّة

فهم وزيادة تأمل:

ومثاله قوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾^(٤)، وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وحمله وفصاله في عامين ﴾^(٥).

(١) ينظر: التوضيح على التنقيح - ج ١ ص ٢٤٣، أصول السرخسي ج ١ ص ٢٣٧.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٦].

(٣) ينظر : تفسير النصوص - أ.د/ محمد منكر سلام - ص ٨٠.

(٤) سورة الأحقاف من الآية : [١٥].

(٥) سورة لقمان من الآية : [١٤].

فهاتان الآيتان دلت كل منهما بطريق العبارة على إظهار فضل
الوالدين خصوصاً الوالدة لأنها تقاسى من آلام الحمل والوضع ما
تقاسيه، وهذا الحكم هو الذى سيقى له الآيتان سوقاً أصلياً. ودلتا بطريق
الإشارة على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر؛ لأن الآية الأولى قدرت مدة
الفصال بحولين، فيلزم من ذلك أن الباقي من الثلاثين شهراً، وهو ستة
أشهر أقل مدة للحمل، وقد خفى فهم ذلك على أكثر الصحابة - رضى
الله عنهم - واختص بفهمه عبد الله بن عباس أو على بن أبى طالب
على حسب اختلاف الرواية فى ذلك، ولما أظهره لهم قبلوه منه
واستحسنوا قوله.

قال الإمام البزدوى : روى أن امرأة ولدت لستة أشهر من وقت
الزواج فرفع زوجها ذلك إلى عمر، وفى رواية إلى عثمان رضي الله عنه فهم
برجمها فقال على أو عبد الله بن عباس: أما إنها لو خاصمتكم كتب الله
لخصمتكم أى غلبتكم فى الخصومة، قال الله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله
ثلاثون شهراً ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ وفصاله فى عامين ﴾ فإذا ذهب
للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فأخذ عمر بقوله ولتى عليه،
ودراً عنها الحد^(١).

(١) ينظر: كشف الأملار على أصول البزدوى - ج ١ ص ٧٢، أصول المرخسى - ج ١ ص

المبحث الخامس

حكم دلالة الإشارة

هذه للدلالة تثبت بها الأحكام المستفادة منها قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل فإذا كان الحكم الثابت بالإشارة عاماً فإنه يقبل التخصيص، وهذا عند جمهور الأحناف.

هذا وقد ذكر صاحب الكشف تقريباً عن ذلك هو أن الإمام الشافعي ذهب إلى عدم جواز الصلاة على الشهيد عملاً بما نلت عليه إشارة النص في قوله تعالى: ﴿بل أحياء عند ربهم يرزقون﴾^(١) فالشهاد حتى حكماً فلا يصلى عليه هذا حاصل كلامه.

وإن كان يرد عليه أن النبي ﷺ صلى على حمزة ؓ سبعين صلاة.

لكن يرفع هذا الإيراد بأن حمزة ؓ ربما كان مخصوصاً بجواز الصلاة عليه من بين سائر الشهداء فهي خصوصية له دونهم أو أنه خص من عموم الإشارة فبقى عدم الجواز فيما عداه على العموم^(٢)،

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ١ ص ٧٢، أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار - ج ٢ ص ٢١٥، والمنطوق والمفهوم وموقف الأصوليين منهما - رسالة دكتوراه تحت رقم ٢٤٧ بكلية الشريعة، ص ٣٠.

وهذا عن بعض العلماء، وذهب البعض الآخر إلى أن الأحكام المستفادة بالإشارة ظنية الثبوت، لهذا لو تعارضت مع دلالة العبارة قدمت عليها وهذا ما سوف نوضحه فيما يأتي :

تعارض دلالة العبارة مع دلالة الإشارة :

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت بدلالة الإشارة قدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة؛ لأن دلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة؛ لأن العبارة تدل على الحكم المقصود من ورود النص، والإشارة تدل على حكم غير مقصود من ورود النص، وما يكون مقصوداً بالورود أقوى مما لا يكون مقصوداً به.

مثال ذلك: قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ^(١) فإنه يدل بإشارته على الآتي:

١- أن للأب على مال الولد شبهة ملك وزكاة لقوله ﷺ " أنت ومالك لأبيك " ^(٢).

٢- أن يقدم الأب في حق الإنفاق من مال الابن على من سواه، ولكن هذا يعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة الواردة في قوله ﷺ وقد سأله بعض أصحابه قائلاً: من أحق الناس بحسن صحابتي يا رسول

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٢) سبق تخريجه من .

الله؟ فقال ﷺ " أمك " قال: ثم من ؟ قال: " أمك " قال: ثم من ؟ قال: " أمك " قال: ثم من ؟ قال: أبوك^(١)، فدل هذا النص بعبارة على أن نفقة الأم لا تؤخر في اللجوء عن نفقة الأب، وأنهما على الأقل في مرتبة واحدة، من هنا وقع التعارض فيقدم الحكم للثابت بدلالة العبارة على الحكم للثابت بدلالة الإشارة، وتكون الأم لها الأسبقية في وجوب الإنفاق عليها.

مثال آخر:

قوله تعالى: ﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾^(٦)، فإنه يدل بعبارة على وجوب القصاص في القتل العمد، لأن هذا هو المقصود من سوق الآية .

وقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ ^(٢)، فإنها تدل بطريق الإشارة على عدم وجوب القصاص في القتل العمد؛ لأن الله جعل جزاءه الخلود في النار واقتصر على ذلك في مقام البيان والاقتصار في مقام البيان يدل على الحصر، وهذا يستلزم أن القتل العمد لا يجب فيه القصاص، وهنا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت

(١) هذا الحديث متفق عليه، وهو مروى عن أبي هريرة، ينظر: رياض الصالحين من كلام سيد

المرسلين - ص ١١٧ - ط دار الجبل بيروت.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٧٨].

(٣) سورة النساء آية : [٩٣].

بدلالة الإشارة، فيقدم الحكم الثابت بالعبارة على الثابت بالإشارة، ويكون الحكم هو وجوب القصاص في القتل العمد^(١).

(١) ينظر: تيسير التحرير - ج ٣ ص ٨٧.

الفصل الثالث

**في تعريف دلالة النص والفرق بينها وبين القياس وما ثبت بها
من أحكام وأقسامها وحكمها، وتعارضها مع الإشارة والفروع
المخرجة على دلالة النص**

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة النص.

المبحث الثاني: الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: حكم دلالة النص.

المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة .

المبحث السابع: الفروع الفقهية المخرجة على دلالة للنص.

الفصل الثالث

دلالة النص

المبحث الأول

تعريفها:

عرف الأصوليون دلالة للنص بتعريفات متعددة:

حيث عرفها الإمام السرخسي بأنها: ما ثبت بمعنى النظم لغة لا استنباطاً بالرأى^(١).

وعرفها: الإمام النسفي بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهداً^(٢).

وعرفها الإمام البزدوى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهداً ولا استنباطاً^(٣).

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على حكم منطوق لمسكوت لفهم مناطه بمجرد فهم للغة^(٤).

(١) ينظر: أصول السرخسي - ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفي - ج ١ ص ١٠٩.

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ٢ ص ٧٣.

(٤) ينظر: التقرير والتحجير - ج ٢ ص ١٠٩.

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على الحكم في شئ يوجد فيه نص كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى^(١).

وعرفها الشيخ الخضرى بأنها: دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكت عنه لفهم المناط بمجرد فهم اللغة^(٢).

وعرفها بعض العلماء بأنها: فهم غير المنطوق بسياق الكلام ومقصوده^(٣).

كما عرفها بعضهم أيضاً بأنها: الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوى^(٤).

وعرفها الإمام سعد الدين التفتازانى بأنها : دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى^(٥).

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح - ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ص ١٢١.

(٣) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ص ١٢١.

(٤) ينظر: حاشية نسمات الأسرار - ص ١٤٦.

(٥) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣١.

هذا وبعد ذكر ما ورد عن الأصوليين في تعريف دلالة النص، نجد بأن هذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى، ولهذا يمكن تعريف دلالة النص بأنها: دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد فهم اللغة من غير احتياج إلى نظر واجتهاد، ويسمى بها عامة الأصوليين فحوى الخطاب؛ لأن فحوى الكلام معناه ولحنه أى مقصده، ويسمى بها بعض أصحاب الشافعى مفهوم الموافقة؛ لأن مدلول اللفظ فى محل السكوت موافق لمدلوله فى محل النطق، كما يسمى بها البعض بدلالة الدلالة؛ نظراً لاستفادة الحكم من معنى النص لا من لفظه، ويسمى بها آخرون: القياس الجلى.

وجه تسمية هذه الدلالة بدلالة النص:

وجه تسميتها بذلك هو أن الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحده كما فى دلالة العبارة ودلالة الإشارة بل يفهم من أمرين هما: اللفظ، ومناطق الحكم الذى استفيد من اللفظ أى علة الحكم^(١).

المبحث الثانى

الفرق بين دلالة النص والقياس

قال الإمام سعد الدين التفتازانى: دلالة النص: هى دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزوى - ج ٢ ص ٢١٩ - ٢٢٠.

يعرف اللغة أن الحكم في المنطوق لأجل
ذلك المعنى فخرج بقيد كل من يعرف
اللغة يفهم أن الحكم في المنطوق لأجل ذلك
المعنى، القياس فإن المعنى في القياس لا
يفهمه كل من يعرف اللغة، فإنه لا يفهمه
إلا المجتهد^(١).

وقال الإمام الصرخسى: يشترك في معرفة دلالة النص كل من له
بصر في معنى الكلام لغة فقيها أو غير
فقيه، أما القياس فهو معنى يستنبط بالرأى
مما ظهر له أثر في الشرع ليتعدى به
الحكم إلى ما لا نص فيه لا استنباط باعتبار
معنى للنظم لغة، ولهذا اختص العلماء
بمعرفة الاستنباط بالرأى^(٢).

وقال الإمام الهزوى : صح إثبات الحدود والكفارات بدلالات النصوص
ولم يجز بالقياس؛ لأنه ثابت بمعنى مستنبط
بالرأى نظراً لا لغة حتى يختص بالقياس،
واستوى أهل اللغة كلهم في دلالات الكلام.

(١) ينظر: التلويح على التوضيح — ج ١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الصرخسى — ج ١ ص ٢٤١.

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول نقول: بأنه ذهب جمهور الأصوليين إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس؛ لأن العلة في دلالة النص تفهم بمجرد فهم اللغة من غير نظر واجتهاد، أما العلة في القياس فإنها تحتاج إلى نظر واجتهاد.

وذهب البعض إلى أن دلالة النص نوعاً من القياس وتسمى قياس جلي؛ لأن العلة في المسكوت عنه [الفرع] أولى بالحكم من العلة في المنطوق به [الأصل]^(١).

تعارض الحكم الثابت بدلالة النص مع الحكم الثابت بالقياس
قال صدر الشريعة:

الثابت بدلالة النص كالثابت بالعبرة إلا عند التعارض هو فوق القياس لأن المعنى في القياس مدرك رأياً لا لغة بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندرى بالشبهات ولا يثبت بالقياس.
وقال الإمام سعد الدين التفتازاني:

قوله " وهو " أى الثابت بدلالة النص فوق الثابت بالقياس؛ لأن المعنى الذى يفهم أن الحكم في المنطوق لأجله يدرك في القياس بالرأى والاجتهاد، وفي دلالة النص باللغة الموضوعية لإفادة المعانى بمنزلة

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البيهقي ج ٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١.

الثابت بالنظم، وفي التعليل إشارة إلى أنه لا يقدم على القياس المنصوص العلة، ولا إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس الشرعي^(١).

(١) ينظر: التوضيح على التلويح ج ١ ص ١٣٦.

المبحث الثالث

أمثلة ما ثبت من أحكام بدلالة النص

نكر الأصوليون أمثلة لما ثبت من الأحكام بدلالة النص، ومن الأمثلة ما يأتي :-

١- قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾^(١) فإن النص يدل بعبارته على تحريم قول الولد لوالديه كلمة " أف لكما " وللتأنيف صورة معلومة، ومعنى لأجله ثبتت الحرمة، وهو إيذاء الوالدين وإيلامهما من ناحية أن صورة هذه الكلمة تدل على الضجر والضييق وسوء الأدب، وهذه العلة موجودة في أمور أخرى أشد إيذاء وإيلاماً كالضرب والشتم والحبس وغيرها، فيتناولها النص الدال على تحريم التأنيف، ويثبت الحكم لها وهو التحريم بطريق دلالة النص^(٢).

٢- ما روى أن ماعزاً زنى وهو محصن فرجم^(٣) وقد علم أنه ما رجم لأنه ماعز؛ بل لأنه زنى في حالة الإحصان، فإذا ثبت هذا الحكم في غيره كان ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس.

(١) سورة الإسراء من الآية : [٢٢].

(٢) ينظر: كشف الأسرار على أصول اليزيدى - ج ٣ ص ٢٢٠، أصول المرخسي - ج ١ ص ٢٤٢.

(٣) رواه أبو داود - ينظر: سنن أبي داود - كتاب الحدود - حديث رقم ٣٨٨٣، ومسلم - ينظر : صحيح مسلم - كتاب الحدود - حديث رقم ٣٢٠٥، والترمذي - ينظر: سنن

٣- ما روى أن أعرابياً واقع زوجته في نهار رمضان، فأوجب الرسول ﷺ للكفارة عليه باعتبار جنائته لا لكونه أعرابياً، فمن وجدت منه مثل تلك الجنائية يكون الحكم في حقه ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس^(١)؛ وهذا لأن المعنى المعلوم بالنص لغة بمنزلة العلة المنصوص عليها شرعاً على ما قاله رسول الله ﷺ في الهرة إنها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات^(٢)، ثم هذا الحكم يثبت في الغارة والحية بهذه العلة بدلالة النص لا بالقياس.

٤- قوله ﷺ للمستحاضة: "إنه دم عرق انفجر فتوضئي لكل صلاة"^٣، ثم ثبت ذلك الحكم في سائر الدماء التي تسيل من العروق فيكون ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس^(٤).

الترمذى - كتاب الحدود - حديث رقم ١٣٤٧، والإمام أحمد - ينظر : مسنده حديث رقم ٢٠٢٢.

(١) ينظر : كشف الأسرار - ج ٢ ص ٢٢١.

(٢) رواه الترمذى وأبو داود وأحمد - ينظر : سنن النسائى - كتاب الطهارة - حديث رقم ٦٨، وسنن أبي داود - كتاب الطهارة - حديث رقم ٧٥، ومسند الإمام أحمد - حديث رقم ٢٢٠٧٤.

(٣) هذا الحديث رواه النسائى (ينظر : سنن النسائى - كتاب الطهارة - حديث رقم ٢٠٦) والبخارى، وينظر : صحيح البخارى - كتاب الحيض - حديث رقم ٢١٦، وينظر : صحيح مسلم - كتاب الحيض - حديث رقم ٥٠٢.

(٤) ينظر : أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٢.

المبحث الرابع

أقسام دلالة النص

تنقسم دلالة النص باعتبار علة الحكم إلى قسمين :

الأول: ما قطع فيه بعلية الحكم في المنصوص عليه وبوجودها في المسكوت عنه وهو نوعان:

أ- ما تكون العلة في المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص عليه ومثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ فإن علة التحريم في المسكوت عنه وهو الشتم والضرب والحبس وغيرهما أولى بالحكم من المنصوص عليه وهو التأفيف^(١).

ب- ما تكون العلة في المسكوت عنه مساوية في الحكم للمنطوق به وليست بأولى بالحكم منه، مثال قوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾^(٢) فقد دلت الآية بعبارتها على تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً بغير حق، ويفهم كل من يعرف اللغة أن علة النهي ما اشتمل عليه هذا الفعل من عدوان على مال اليتيم للعاجز عن دفع الظلم، وهذه العلة متحققة في

(١) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٩٠.

(٢) سورة النماء من الآية: [١٠].

المسكوت عنه الذى هو فى درجة المنطوق به وهو إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فيثبت للتحريم لهذا المسكوت عنه بدلالة النص^(١).

الثانى: ما لا يقطع فيه بعلة الحكم فى المنصوص عليه، ولهذا كان محالاً لبحث واجتهاد الفقهاء مما يترتب عليه اختلافهم فى مسائل فقهية كثيرة.

مثال ذلك : قوله ﷺ " لا قود إلا بالسيف"^(٢)، فهذا الحديث يحتمل معنيين:

الأول: أن الآلة التى تستعمل فى القود هى السيف فمن قتل إنساناً خنقاً أو تغريقاً أو تحريقاً، فإنه لا يقتص منه بنفس الطريقة وإنما يقتل بالسيف.

الثانى : أنه لا يقتص من القاتل إلا إذا كان قد استعمل السيف، وبناء على المعنى الثانى اختلف للعلماء فى علة الحكم، وترتب على ذلك اختلافهم فى حكم القتل بغير السيف، فذهب صاحبان والأئمة الثلاثة إلى أن العلة فى وجوب القصاص هى الضرب للعد بما لا يطيقه البدن، وبمببب هذا قالوا بوجوب للقصاص على من قتل

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزوى - ج ٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٤.

(٢) رواه الترمذى وابن ماجه - ينظر : سنن الترمذى - كتاب الديات - حديث رقم ١٣١٤، سنن ابن ماجه - كتاب الديات - حديث رقم ٢٦٥٧.

بمنقل كالحجر الكبير والهراوة الغليظة بل قالوا : إن الضرب بالمنقل أبلغ من ذلك؛ لأنه يزهد الروح بنفسه أما الجرح فيواسطة السراية.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن العلة في وجوب القصاص هو الجرح الناقض للبنية ظاهراً بتخريب البدن وباطناً بإزهاق الروح، أما القتل بالمنقل فإنه ينقض البنية الباطنية فقط، وبسبب هذا لم يوجب القصاص في القتل بالمنقل وما شابهه^(١).

ومن الأمثلة أيضاً:

حد اللواط: حيث قال الإمام أبو يوسف ومحمد — رحمهما الله — يجب الحد في اللواط على الفاعل والمفعول به، بدلالة نص الزنا؛ فالزنا اسم لفعل معنوى له غرض وهو قضاء الشهوة على قصد سفح الماء بطريق حرام لا شبهة فيه، وقد وجد هذا كله في اللواط، فقضاء الشهوة بالمحل المشتبه وذلك بمعنى الحرارة واللين، ألا ترى أن الذين لا يعرفون الشرع لا يفتلون بينهما، والقصد منه السفاح؛ لأن النسب لا تصور له في هذا المحل، والحرمة هنا أبلغ من الحرمة في الفعل الذي يكون في القبل فإنها حرمة لا تتكشف بحال، وإنما يبدل اسم المحل فقط، فيكون الحكم ثابتاً بدلالة النص لا بطريق القياس، وأبو حنيفة رحمه الله يقول:

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى — ج ٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح — ج ١

هو قاصر في المعنى الذي وجب الحد باعتباره، فإن الحد مشروع زجراً وذلك عند دعاء الطبع إليه ودعاء الطبع إلى مباشرة هذا الفعل في القبل من الجانبين، فأما في الدبر فإن دعاء الطبع إليه من جانب الفاعل لا من جانب المفعول به، وفي باب العقوبات تعتبر صفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم، ثم في الزنا إفساد الفراش وإتلاف الولد حكماً فإن الولد الذي يتخلق من الماء في ذلك المحل لا يعرف له والد لينفق عليه، وبالنساء عجز عن الاكتساب والإنفاق ولا يوجد هذا المعنى في الدبر، وإنما فيه مجرد تضييع الماء بالصب في غير محل منبت، وذلك قد يكون مباحاً بطريق العزل، فعرفنا أنه دون الزنا في المعنى الذي لأجله أجب الحد، ولا معتبر بتأكيد الحرمة في حكم العقوبة، ألا ترى أن حرمة الدم والبول أكد من حرمة الخمر ثم الحد يجب بشرب الخمر، ولا يجب بشرب الدم والبول للتفاوت في معنى دعاء الطبع من الوجه الذي قررنا^(١).

المبحث الخامس

حكم دلالة النص

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام الشرعية قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، ولكن مما يجدر

(١) ينظر: أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٣.

الإشارة إليه هنا أن العلماء قد اختلفوا في مدى قبول الحكم الثابت بدلالة النص للتخصيص.

فذهاب الأحناف إلى القول بأنه: لا يحتمل التخصيص وقد علل ذلك الإمام السرخسي بقوله: إن التخصيص بيان أن الكلام غير متناول له (أى للمخصص) ومعلوم أن الحكم الثابت بالدلالة ثابت بمعنى النص لغة، وبعد أن كان معنى النص متاولاً له لغة يبقى احتمال كونه غير متناول له، وإنما يحتمل إخراجهم من أن يكون موجباً للحكم فيه بدليل يعتد به، وذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً، ولما الشافعية فإنهم يرون أن الثابت بهذه يحتمل التخصيص^(١).

وقد أشار إلى هذا الخلاف صاحب التلويح فقال: الثابت بالدلالة مثل الثابت بالعبارة والإشارة في كونه قطعياً مستنداً إلى النظم لاستناده إلى المعنى المفهوم من النظم لغة ولهذا سميت دلالة النص فيقدم على خبر الواحد والقياس، وأما في قبول التخصيص فلا مماثلة؛ لأن الثابت بالدلالة لا يقبله والأصح أنه يقبله صرح بذلك الإمام السرخسي^(٢).

كما أشار إليه الإمام النسفى فقال:

اعلم أن الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص، أما عند من يقول: بأن المعانى لا عموم لها؛ لأن المعنى واحد وإنما كثرة محالها،

(١) ينظر: أصول الفقه لأبى زهرة ص ١٤٦، وأصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤١، وما بعدها.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٦.

فظاهر؛ لأن الثابت بدلالة النص ثابت بمعنى النص، والتخصيص يستدعى سبق العموم وأما على قول من يقول: إن المعاني لها عموم وهو الجصاص وغيره فلأن معنى النص إذا ثبت علة لم يحتمل أن يكون غير علة وفي التخصيص ذلك، بيانه: أن من قال الموجب لحرمة التأفيف في موضع النص هو الأذى فقد قال: بأن الشرع جعله علة للحرمة أينما وجد، حتى يمكنه التعدية، فمتى وجد هذا الوصف ولا حكم له فلم يكن على الحرمة، فكأنه قال: هو علة وليس بعلة وهو تناقض^(١).

المبحث السادس

تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

إذا تعارض الحكم للثابت بدلالة الإشارة مع الحكم للثابت بدلالة النص قدم الأول لأن ما ثبت بالإشارة ثابت باللفظ والمعنى، أما ما ثبت بالدلالة فهو ثابت بالمعنى فكان الثابت بالدلالة أضعف من الثابت بالإشارة لثبوته بالمعنى فقط، وثبوت غيره معنى ولفظاً، وما ثبت من وجهين أولى مما ثبت من وجه واحد، وقد أشار إلى هذا صاحب التلويح فقال: الثابت بالعبارة أو الإشارة مقدم على الثابت بالدلالة؛ لأن فيهما النظم والمعنى اللغوي، وفي الدلالة المعنى فقط فيبقى النظم سالماً عن المعارض^(٢)، مثاله قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفي - ج ١ ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٦.

خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴿^(١) فإنه يدل بطريق الإشارة على أن القتل العمد لا تجب فيه الكفارة؛ لأن المولى يقتل اقتصر في بيان الجزاء على الخلود في النار، ويلزم من الاختصار على ذلك في مقام البيان أن يكون الخلود في جهنم هو كل جزاء القتل العمد، وليس فيه جزاء آخر، وهذا يتعارض مع الحكم المستفاد بطريق دلالة النص الوارد في قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ^(٢) فإنه يدل بطريق العبارة على وجوب الكفارة في القتل الخطأ، ويدل بطريق النص على وجوبها في القتل العمد؛ لأن الكفارة وجبت في القتل الخطأ للزجر عن القتل، وإذا وجبت في القتل الخطأ للزجر كان وجوبها في القتل العمد أولى وأنسب؛ لأنه إذا وجبت الكفارة للزجر عما لا قصد فيه كان وجوبها في الفعل الذي يتحقق فيه القصد أولى، ومن ثم يقدم الحكم للثابت بدلالة الإشارة على الحكم للثابت بدلالة النص، ويكون الحكم هو عدم وجوب الكفارة في القتل العمد وهذا هو مذهب الحنفية ودليلهم:

أن دلالة الإشارة مأخوذة من النظم؛ لأنها مأخوذة من لوازمه، فإن ذكر الملزوم يقتضى ذكر اللازم، أما دلالة النص فإنها لا تفهم من منطوق اللفظ بل هي تؤخذ من مفهومه، وما يكون من المنطوق أولى في الدلالة مما يكون من المفهوم.

(١) سورة النساء آية : [٩٣].

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية يخالفون الحنفية ويقدمون دلالة النص على دلالة الإشارة فيوجبون الكفارة في القتل العمد كما وجبت في القتل الخطأ ودليلهم في ذلك: أن دلالة النص تفهم لغة من النص فهي قريبة من دلالة العبارة، ودلالة الإشارة لا تفهم من النص لغة بل تفهم من اللوازم البعيدة للنصوص، وما يكون من عبارتها أولى بالأخذ مما يكون من اللوازم التي تختلف فيها الأفهام.

وأيضاً : فإن المعنى في دلالة النص واضح المقصد من الشارع بخلاف اللوازم فإنها قد تكون مقصودة وربما لا تكون مقصودة^(١).

المبحث السابع

الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص

١- وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بغير عذر:-

أوجب الحنفية للقضاء على المفطر بغير عذر بدلالة النص، وذلك لأنه لما وجب القضاء على المفطر في رمضان بعذر المرض والسفر، وجب على المفطر بغير عذر حيث إنه في الموضوعين ينعدم أداء الصوم الواجب في الوقت، والمرض والسفر عذر في الإسقاط لا في الإيجاب، فعرف أن وجوب القضاء عليهما لانعدام الأداء في الوقت

(١) ينظر: أصول أبي زهرة - ص ١٤٦.

بالفطر لغة، وقد وجد هذا المعنى بعينه إذا أفطر من غير عذر فيلزمه
القضاء بدلالة النص^(١).

(١) ينظر: أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤٦.

٢- وجوب الكفارة في يمين الغموس:-

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الكفارة في اليمين الغموس؛ لأن الكفارة تسقط الإثم فيها كما تسقطه في غير الغموس، ووجوب الكفارة في الغموس بناء على ثبوتها في اليمين التي حلفها صاحبها ثم حنث الحالف لاعتبارها إذ ذاك يمينا كاذبة، فإن وجوب الكفارة في اليمين الغموس من باب أولى، خصوصاً وأن الكذب في يمين البر طارئ وليس أصلياً بخلاف الكذب في اليمين الغموس، فإنه منعمد من أول وهلة، فكان وجوب الكفارة في يمين الغموس أولى، وهذا عمل بدلالة النص يؤيده قوله ﷺ: ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ (١).

وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الكفارة في اليمين الغموس بناء على أن اليمين الغموس محظورة فلا تصح للكفارة كالزنا والسرقة وشرب الخمر، أما اليمين غير الغموس فليست محظورة ابتداء، بل جائزة فتجبر بالكفارة عند الحنث فيها بخلاف محظورة الأصل، فالجهة بين اليمينين منفكة، وإذا كان الأمر كذلك فإن اليمين الغموس لا تجب فيها الكفارة كما هو الحال بالنسبة ليمين البر (٢).

(١) سورة المائدة: من الآية [٨٩].

(٢) ينظر: أصول الشرحى ج ١ ص ٢٦٤، والمهذب ج ٢ ص ١٤٢، والتلويح على

التوضيح ج ١ ص ١٣٦.

٣- وجوب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمداً:

قال الإمام الشافعي: يجب سجود السهو على من زاد أو نقص في صلاته عمداً؛ لأن وجوب السجود عليه عند السهو باعتبار تمكن النقصان في صلاته وذلك موجود في العمل وزيادة، فيثبت الحكم فيه بدلالة النص.

وذهب الحنفية: إلى عدم وجوب سجود السهو عليه، وقالوا: إن ما استدلل به الشافعية فاسد؛ لأن السبب للموجب بالنص شرعا هو السهو على ما قاله رسول الله ﷺ والسهو ينعدم إذا كان عامداً^(١).
وحديث سجود السهو هو ما روى أن النبي ﷺ " صلى فسها فلم سلم سجد سجدتين ثم سلم"^(٢).

(١) ينظر: أصول السرخسي - ج ١ ص ٢٤٨، وكشف الأمل على أصول السيد ذي - ج ٢ ص ٢٣٤.

(٢) رواه الإمام أحمد من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (ينظر: سنن الإمام أحمد ج ٢ / ص ٤٤٠ كتاب الصلاة باب ما جاء في التشهد في سجدتي السهو) كما رواه النسائي في السهو باب ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السهو (ينظر: سنن النسائي ج ٣ / ص ٢٦) وأبو داود عن عمران بن حصين (ينظر: سنن أبي داود ج ١ / ص ٢٧٣).

الفصل الرابع

**فى تعريف دلالة الاقتضاء والفرق بينها وبين دلالة الإشارة
وأقسامها وعموم المقتضى وحكمها**

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة .

المبحث الثالث : أقسامها.

المبحث الرابع: عموم المقتضى.

المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء.

الفصل الرابع

دلالة الاقتضاء

المبحث الأول

تعريفها:

الاقتضاء في اللغة: الطلب ومنه يقتضى الدين وتقاضاه أى طلبه.

وفي الاصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين في تحديد معناها.

فعرّفها صاحب كشف الأسرار بأنها: ما أضمر فى الكلام ضرورة صدق المتكلم ونحوه^(١).

وعرّفها الإمام السرخسى بأنها: دلالة اللفظ على زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً أو موجباً للحكم^(٢).

وعرّفها بعض العلماء بأنها: زيادة على النص لا يتحقق معنى النص بدونها فاقتضاها النص ليتحقق معناه ولا يلغو^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ١ ص ٧٥، مختار الصحاح ص ٥٤٠.

(٢) ينظر: أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤٨.

(٣) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٧٥.

وقال الشيخ محمد أبو زهرة : هي دلالة اللفظ على أمر لا يستقيم للمعنى إلا بتقديره^(١).

وعرفها الإمام النسفي فقال : وأما الثابت باقتضاء النص فما لم يعلم النص إلا بشرط تقدمه عليه فإن ذلك أمر اقتضاء للنص لصحة ما يتأوله^(٢).

وعرفها ابن عبد الشكور بأنها: دلالة المنطوق على ما يتوقف صحته عليه.

وباستقراء ما ورد عن العلماء في تعريف دلالة الاقتضاء نجد أنهم وإن اختلفت عباراتهم في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى وعليه يمكن تعريف دلالة الاقتضاء بأنها:

" دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صديق الكلام أو صحته عقلا أو شرعا "

وبعد بيان معنى دلالة الاقتضاء لابد من الوقوف على أمور مهمة في هذا البحث وهي:

١- المقتضى [بالكسر]

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة - ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للتمني - ج ١ ص ٣٩٣.

٢- المقتضى [بالفتح].

٣- حكم الاقتضاء.

٤- الاقتضاء.

قال صاحب كشف الأسرار في توضيح هذه الأمور:

اعلم أن الشارع متى دل على زيادة شئ في الكلام لصيانيته عن اللفظ فالحامل على الزيادة وهو صيانة الكلام يسمى بالمقتضى (بالكسر) والمزيد هو المقتضى (بالفتح)، ويسمى ما ثبت بالكلام المزيد حكم الاقتضاء، ودلالة الشرع على أن الكلام لا يصح إلا بالزيادة هي الاقتضاء^(١).

ونقول في توضيح ما سبق:

إن صدق الكلام أو صحته قد يتوقف كل منهما على احتمال إضمار شئ في الكلام للدلالة على صدقه أو صحته، وذلك إما أن يكون شرعياً أو عقلياً، وذلك أن الشرع أو العقل قد يدل أحدهما وجوباً على شئ مقدر في الكلام لصيانة هذا الكلام عن اللفظ، ولولا هذا التقدير من الشرع أو العقل لكان الكلام بعيداً عن الفائدة في الدلالة على حكم من الأحكام، فالأمر الحامل للمتكلم على تقدير شئ زيادة في الكلام لصيانيته عن اللفظ، هو ما يسمى بالمقتضى بالكسر، وأما هذا المقدر الذي زيد في

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري - ج ١ ص ٧٥.

الكلام لصيانيته عن اللغو فهو المقتضى بالفتح، وكون الشرع أو العقل دالين على أن هذه الكلام لا يصح إلا بتقدير هذه الزيادة طالبين لها هو الاقتضاء، ثم إن هذا الأمر المقدر للذي لم ينطق به يعتبره المستدل كالمنطوق به من حيث إنه لا بد منه لتصحيح المنطوق أو صدقه فهو حكم الاقتضاء.

قال صاحب التلويح^(١) في المثال على ذلك؛ لو قال شخص لآخر اعتق عبدك عنى بألف، فمقتضاء هو البيع؛ لأن اعتاق الرجل عبده بوكالة الغير ونيايته يتوقف على جعله ملكا له، وسبب للملك ههنا هو البيع بقرينة قوله عنى بألف فيكون البيع لازما متقما لمعنى الكلام والاقتضاء هو دلالة هذا الكلام على البيع والمراد باللزوم هاهنا ما هو أعم من الشرعي والعقلي اللين وغير اللين.

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بدلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

قبل بيان الفرق بينهما نقول: تشترك دلالة الاقتضاء مع دلالة الإشارة في أن كلا منهما من قبيل الدلالة الاتزامية، فدلالة الاقتضاء تستلزم أمراً مقدراً لصدق أو صحة الكلام، ودلالة الإشارة تستلزم أمراً لازماً للمعنى المقصود من سياق الكلام لزوماً عقلياً أو عادياً.

(١) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٧.

وتفتقر دلالة الاقتضاء عن دلالة الإشارة في أن اللازم المقدر في دلالة الاقتضاء متقدم واجب التقديم، أما في دلالة الإشارة فقد يكون لازمه متأخرا وهو الأكثر^(١).

ولهذا قال صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوى:

وأما المقتضى فالشئ الذى لم يعمل النص أى لم يفد شئنا ولم يوجب حكما إلا بشرط تقدم ذلك الشئ على النص وإنما شرط تقدمه عليه؛ لأن ذلك أم اقتضاه النص لصحة ما تناول النص إياه، فتكون صحة النص متوقفة عليه توقف المشروط على الشرط فيقدم لا محالة، ولما اقتضى النص ذلك الشئ لصحته صار ذلك الشئ مضافا إلى النص بواسطة اقتضاء النص إياه^(٢)، وعلى هذا فالحكم الثابت بمقتضى النص ثابت بالنص لا بالراى.

وقال الإمام السرخسى: المقتضى: هو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبا للحكم وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم فكان المقتضى مع الحكم مضافين إلى النص فالثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بطريق القياس^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى - ج ١ ص ٣٩٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للإمام البخارى - ج ١ ص ٧٥.

(٣) ينظر: أصول السرخسى - ج ١ ص ٢٤٨.

المبحث الثالث

أقسام دلالة الاقتضاء

قسم الأصوليون دلالة الاقتضاء إلى ثلاثة أقسام بحسب مقتضى تقدير المحذوف وهي كالآتي:

القسم الأول:

ما وجب تقديره لصديق الكلام كقوله ﷺ " لا صيام لمن لا يبيت النية"^(١)، أى لا يقع الصيام صحيحاً لمن لا يبيت النية فتقدر الصحة ليصدق الكلام، إذ إنه لا يمكن أن يصدق الكلام إلا بذلك؛ لأن ظاهر الحديث يفيد أن صيام من لا يبيت النية غير موجود والواقع غير ذلك، فوجب تقدير أمر محذوف يتوقف صدق الكلام عليه، والمقدر هو كلمة " الصحة"، ويكون المعنى حينئذ لا صيام صحيح لمن لا يبيت النية.

القسم الثاني: ما وجب تقديره لصحة الكلام شرعاً، ومثاله قوله تعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة﴾^(٢) وقوله تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾^(٣)، فإن ظاهر الآيتين وجود الحرمة على الميتة وعلى

(١) رواه ابن ماجه وأبو داود والدارمي والبيهقي وأحمد والنسائي ومالك - ينظر: سنن ابن ماجه - ج ١ ص ٥٤٢، وسنن أبي داود - رقم ٢٤٥٤، وسنن الدارمي - ج ٢ ص ١٧٢، وسنن البيهقي - ج ٢ ص ٢٠٢، وموطأ مالك - ج ١ ص ٢٨٨، والنسائي - كتب الصيام - حديث ٢٢٩١.

(٢) سورة المائدة من الآية : [٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [٢٣].

الأمهات، ومن المعروف أن الحرمة وهى من الأحكام الشرعية لا تتعلق بالنوات؛ وإنما تتعلق بالأفعال، فلا بد من محذوف ومقدر يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً، وهو فى الآية الأولى يقدر بكلمة "أكل"، وفى الثانية بكلمة "زواج"، ويكون المعنى فى الآية الأولى حرمت عليكم أكل الميتة، وفى الثانية حرمت عليكم زواج الأمهات.

القسم الثالث: ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً كقوله تعالى : ﴿ فلیدع نادیه ﴾^(١)، فإن النادى وهو المكان لا يدعى عقلاً وإنما الذى يدعى من يكونون فيه، ولذا قدروا كلمة "أهل" فقالوا المعنى فلیدع أهل نادیه، وقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾^(٢) فإن القرية وهى المكان لا تسأل عقلاً، وإنما الذى يسأل من يكونون فيها ولذا قدروا كلمة "أهل" فقالوا : واسأل أهل القرية^(٣).

(١) سورة الطلق من الآية [١٧].

(٢) سورة القرية من الآية : [٨٢].

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول اليزدى - ج ١ ص ٧٦، وأصول المرخسى - ج ١ ص ٣٩٥.

المبحث الرابع

عموم المقضى

قال صاحب التلويح: لا عموم للمقضى على لفظ اسم المفعول
أى اللزوم المتقدم الذى اقتضاه الكلام تصحيحاً له إذا كانت تحته أفراد،
ونقول قبل بيان الخلاف:
تحريم محل النزاع:

إذا كان المقضى والمقدر بالقرينة خاصة (أى متعين) وجب
تقديره خاصاً كما فى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ، أما إذا
كان المقضى عاماً أى يدخل تحته أفراد كثيرون فاختلّفوا هل يقدر عاماً
أم لا ؟

فقال الأحناف :

إنه لا يقدر عاماً ذهاباً منهم بأن المقضى لا عموم له؛ لأنه ثبت
ضرورة صدق الكلام لو صحته والضرورة تندفع بقدرها، فإذا كانت
للضرورة تندفع بإثبات فرد من أفراد العام فلا حاجة إلى إثبات ما
وراءه..

وقال الشافعية :

إنه يقدر عاماً ذهاباً منهم إلى القول بعموم المقضى؛ لأن
المقضى بمنزلة المنصوص فى ثبوت الحكم به حتى كان الحكم الثابت

به كالثابت بالنص لا بالقياس، فكذا في إثبات صفة العموم فيه، فيجعل كالمنصوص، والمعنى لا ينفك عن لفظه، فيعطى حكمه، وحيث إن النص يدخله العموم فكذا ما يقتضيه، ونوقش هذا الدليل: بأن هناك فرقا بين المقتضى والنص إذ النص يعمل بنفسه من غير حاجة إلى تقدير، أما المقتضى فإنه قدر للحاجة حتى إذا كان المنصوص مفيدا بدون المقتضى لا يثبت المقتضى شرعا ولا لغة، والثابت للحاجة يتر بقدرها ولا حاجة إلى إثبات صفة العموم للمقتضى، فإن الكلام مفيد بدونه وهو نظير إباحة تناول الميتة للمضطر، فإنه ينبغي أن يقتصر فيها على قدر الحاجة فقط دون التحول والحمل^(١) والتنازل إلى الشبع لا يثبت حكم الإباحة فيه، بخلاف المنصوص فإنه عامل بنفسه، فيكون بمنزلة حل المذكاه يظهر في حكم التناول وغيره مطلقا.

الرأى الراجح

هذا، والذي نرجحه هو قول أصحاب الرأى الأول وذلك لقوة أدلتهم وردهم على أدلة أصحاب المذهب الثانى.

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ج ١ ص ٧٦، شرح الإسنوى على منهاج البيضاوى ج ٢ ص ٧٤، شرح اللعبد على مختصر المنتهى ج ٢ ص ١١٦، أصول المرعى ج ١ ص ٢٤٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت - ج ١ ص ٤١٢، التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٣٧.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى القول بعموم المقتضى وعدمه فى بعض الفروع الآتية :

١- قوله ﷺ : " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (١)، فإن ظاهر الحديث يفيد أن الخطأ والنسيان والإكراه لا يوجد شئ منها فى الأمة، ولكن الواقع غير ذلك بدليل وقوعه من أمته ﷺ ، فلا بد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صحيحا لاستحالة رفع الشئ بعد وقوعه، وهذا المقدر هو " حكم " أى رفع حكم الخطأ والنسيان والإكراه، والحكم عام لأنه يشمل الدنيوى والأخروى، لكن الأحناف يقولون إن الاقتضاء ثبت ضرورة والضرورة تندفع بتقدير أحد النوعين، وهو الحكم الأخرى؛ لأنه متفق عليه، ولأن الله قد وضع للخطأ عقوبة دنيوية فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (٢) فلا يكون له عقوبة أخروية؛ لأنه لا يعاقب على الفعل مرتين ولو كان ذلك لذكره المولى ﷺ.

(١) هذا الحديث: أخرجه الحاكم فى المستدرک — كتاب الطلاق — ينظر : المستدرک — ج ٢ ص

١٩٨، وابن ماجه — كتاب الطلاق — ينظر: سنن ابن ماجه — ج ١ ص ٦٥٩، والبيهقى —

كتاب الخلع والطلاق — ينظر : سنن البيهقى — ج ٧ ص ٣٥٦.

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية : الذين يقولون بعموم المقتضى ييقنون هذا المقدر على عمومته، وعليه يكون الحكم عندهم شاملاً للدنيوى والأخروى^(١).

٢- قوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيات"^(٢)، فإنه ليس المراد عين العمل، فإن ذلك متحقق بدون النية وإنما للمرد الحكم وقد ثبت ذلك بمقتضى الكلام، فقال الشافعى يعم ذلك حكم الدنيا والآخرة فيما يستدعى القصد والعزيمة من الأعمال قولاً بعموم المقتضى.

وقال الحنفية: المراد حكم الآخرة وهو أن ثواب العمل بحسب النية؛ لأن ثبوته بطريق الاقتضاء ولا عموم للمقتضى، وعلى هذا نقول: هل يقع طلاق الواحد بنية الثلاث، كما إذا قال لزوجته أنت طالق أو طلقك ونوى ثلاثاً، فإنه على قول الشافعى تعمل نيته؛ لأن قوله طالق يقتضى طلاقاً وذلك كالمنصوص عليه، فتعمل نيته الثلاث فيه قولاً بالعموم فى المقتضى.

وذهب الحنفية: إلى أن قوله طالق نعت مفرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، والنية إنما تعمل إذا كان المعنى من محتملات اللفظ ولا يمكن إعمال نية العدد باعتبار المقتضى؛ لأنه لا عموم للمقتضى

(١) ينظر: أصول المرعى - ج ١ ص ٢٥١.

(٢) رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود - ينظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى - ج ١

ص ٩، وصحيح مسلم بشرح النووي - ج ٤ ص ٥٧١، متن أبى داود - ج ٢ ص ٢٦٢.

ولأن المقتضى لا يجعل كالمصرح به فى أصل الطلاق، فكيف
يجعل كالمصرح به فى عدد الطلاق؟

وبيانه: أنه إذا قال لامرأته: زورى أباك أو حجى، ونوى به
الطلاق لم تعمل نيته ومعلوم أن ما صرح به يقتضى ذهاباً لا محالة ثم
لم يجعل بمنزلة قوله اذهبى حتى تعمل نيته الطلاق فيه، يقرره أن قوله
طالق نعت للمرأة، فإنما يعتبر فيه من المقتضى ما يكون قائماً
بالموصوف والطلاق من هذا اللفظ مقتضى هو ثابت بالواصف شرعاً،
فإنه لا يكون صادقاً فى هذا الوصف بدون طلاق يقع عليها، فيجعل
موقعا ليتحقق هذا الوصف منه صدقاً، ومثل هذا المقتضى لا يكون
كالمصرح به شرعاً، بخلاف قوله أنت بائن، فإن ذلك نعت فرد نصاً
حتى لا يسمع نية للعدد فيه لو نوى تنتين ولكن البيونة تتصل بالمحل فى
الحال^(١).

وقال صاحب التلويح فيما تقدم:

قد وقعت فى باب الطلاق عبارات متشابهة صحت عن أبى
حنيفة رحمته الله نية الثلاث فى بعض منها مثل طلقى نفسك، دون بعض مثل
أنت طالق أو طلقك، وإذا صرح بالمصدر مثل أنت طالق طلاقاً صحت
نية الثلاثة اتفاقاً.

(١) ينظر: أصول المرخسى ج ١ ص ٢٥٤، المهذب — ج ٢ ص ٨٤، بدوئة المجتهد ج ٢
ص ٨١، ٨٢.

وذلك لأن الطلاق في أنت طالق وطلقتك ثابت بطريق الاقتضاء، فلا يعم جميع ما تحته من الأفراد وهو الثلاث، وفي طلقى نفسك ثابت بطريق اللغة، فيكون كالمفوض فيصبح جملة على الأقل وعلى الكل كسائر أسماء الأجناس وتحقيق ذلك في أنت طالق يدل بحسب اللغة على انتصاف المرأة بالطلاق لا على ثبوت الطلاق عند الرجل بطريق الإنشاء، وإنما ذلك أي الطلاق الثابت بطريق الإنشاء عن الرجل أمر شرعى ثبت ضرورة أن انتصاف للمرأة بالطلاق يتوقف شرعا على تطبيق الزوج إياها، فيكون ثابتا بطريق الاقتضاء، فيقدر بقدر الضرورة.. بخلاف طلقى نفسك، فإنه مختصر من افعلى فعل الطلاق من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق في المستقبل فلا يتوقف إلا على تصور وجوده، فيكون الطلاق الثابت به هو نفس مصدر الفعل فيكون ثابتا لغة لا اقتضاء فيكون بمنزلة المفوض، فيصبح جملة على الأقل وعلى الكل وإن لم يكن عاما.. وكذا إذا كان مذكورا نحو طلقى طلاقا، وأنت طالق طلاقا، وطلقتك طلاقا، فإنه لا دلالة على العموم كيف وهو نكرة في الإثبات، فإن قلت: فمن أين صحت نية للطلاق قلت: من جهة أن الطلاق اسم دال على الواحد حقيقة أو حكما وهو المجموع من حيث المجموع أعنى الطلاقات الثلاث؛ لأن المجموع في باب الطلاق^(١).

(١) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٢٨، ١٣٩.

المبحث الخامس

حكم دلالة الاقتضاء

دلالة الاقتضاء تثبت بها الأحكام قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطعية إلى الظنية كالتخصيص والتأويل، هذا وقد وقع خلاف بين الأصوليين في المقتضى من حيث كونه يقبل العموم أو أنه لا يدخله العموم على النحو المتقدم بيانه.

تعارض دلالة الاقتضاء مع دلالة النص

إذا تعارض الحكم الثابت بمقتضى النص مع الحكم الثابت بدلالة النص، فم الثاني على الأول؛ وذلك لأن دلالة النص أقوى من دلالة الاقتضاء من حيث إن الثابت بدلالة النص ثابت بغوى اللفظ لغة، أما الثابت بالاقتضاء فإن ثبوته ليس باللفظ ولا بفحواه بل بأمر آخر تطلبه صدق للنص أو صحته.

ولهذا قال الإمام السرخسي : إن الثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بالقياس إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص أقوى؛ لأن النص يوجب اعتبار المعنى لغة والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما ثبت شرعاً للحاجة إلى إثبات الحكم به^(١).

(١) ينظر : أصول السرخسي - ج ١ ص ٢٤٨.

وقال الإمام النسفي أيضا: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص حينئذ أقوى منه، لأن النص يوجب اعتبار للمعنى لغة، والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما يثبت شرعا للحاجة إلى تصحيح للمنطوق.

كما قال صاحب شرح نور الأنوار: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص أى هما سواء فى إيجاب الحكم القطعى، إلا أنه تترجح الدلالة على الاقتضاء عند المعارضة مثاله: قول ﷺ لعائشة — رضى الله عنها — " حتىه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء" ^(١) فإنه يدل باقتضاء النص على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعات، لأنه لما أوجب الغسل بالماء، ففقتضى صحته أن لا يجوز تغير الماء، ولكنه بعينه يدل بدلالة النص على أنه يجوز غسله بالمائعات، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذى يعرف كل أحد هو التطهير وذلك يحصل بهما جميعا، ألا ترى أن من ألقى الثوب النجس، لا يؤاخذ باستعمال الماء فيه، لأن المقصود، وهو إزالة للنجاسة حاصل على كل حال فرجحت الدلالة على الاقتضاء.

(١) رواه الإمام الترمذى عن أسماء بنت أبى بكر (ينظر : سنن الترمذى جـ ١ / ص ١٩ ، باب الطهارة والدارمى (ينظر : سنن الدارمى جـ ١ / ١٩٧) والنسائى (ينظر : سنن النسائى جـ ١ ص ١٥٥) وأبو داود (ينظر : سنن أبى داود جـ ١ / ص ٧٠) .

قال الإمام الخارئي : ما وجد لمعارضة المقتضى مع الأقسام المتقدمة نظير، ولقد رد هذا الادعاء صاحب شرح نور الأنوار فقال: وما قيل من أن مثاله لم يوجد في النصوص، فإنما هو من قلة التتبع^(١).

(١) ينظر: كشف الأسرار مع شرح نور الأنوار ج ١ ص ٣٩٨، وكشف الأسرار على أصول الفيزدوى ج ١ ص ٧٥، وأصول الفقه لأبي زهرة ص ١٤٦.

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

بعد أن ذكرنا أقسام الدلالة اللفظية عند الأحناف نشرع في بيان أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عندهم فنقول:

قسم الحنفية الدلالة الوضعية غير اللفظية إلى أربعة أقسام وسموها ببيان الضرورة، وهذه الأقسام الأربعة كلها دلالة مسكوت، وتلحق اللفظية في إفادة الأحكام وهي كالآتي:

الأول: أن يلزم عند منكور مسكوت عنه كما في قوله تعالى في بيان ميراث الأبوين : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ (١).

فإن هذا السياق يدل على انحصار يرثه في أبويه، واختصاص الأم بالثلث ولازمه المسكوت عنه، وهو لأبيه الثلثان، فليس مجرد المسكوت دليلاً على ذلك وإنما هو ناتج من الانحصار، وببيان نصيب أحد المستحقين كما في قول القاتل: دفعت لك مالى مضاربة على أن لك نصف الربح، فمعلوم أن الربح منحصر فيهما وقد بين نصيب أحدهما، فيلزم منه أن نصيب الثاني هو الباقي

(١) سورة النساء من الآية [١١]

الثاني: دلالة حال الساكت الذي وظيفته البيان مطلقاً أو في تلك الحادثة كسكوته ﷺ على أمر يشاهده من قول أو فعل، فإنه يدل على الإذن فيه إذا لم ينكره ومن هنا كان تقريره ﷺ قسماً من السنة كقوله وفعله ومن هذا القسم سكوت البكر إذا استأذنها وليها أو رسوله في تزويجها من معين فسكت، فإن هذا ينزل منزلة الرضا لدلالة الحال.

الثالث: اعتبار سكوت الساكت دلالة كالنطق لدفع التغير، كدلالة سكوته عند رؤيته محجوره يبيع ولا ينهاء على إذنه له في التصرف لأن ذلك لو لم يعتبر إننا لأصاب الناس ضرر إذ هم يستدلون بهذا السكوت على الإذن فلا يمتنعون عن معاملة المحجور، وهذا تغرير بالناس وضرر لهم ودفع الضرر عنهم واجب، ومنه دلالة سكوت الشفيع عن طلب الشفعة طلب التقرير بعد تمكنه منه على إسقاط الشفعة لضرورة دفع الضرر عن المشتري.

الرابع: دلالة السكوت على تعيين محدود تعرف حنقه ضرورة طول الكلام بذكره كما يقولون مائة ودرهم أو دينار أو قفيز من بر مثلاً، فالسكوت عن مميز المائة يدل عرفاً على أنه في الأول درهم وفي الثاني دينار وفي الثالث قفيز، والظاهر أن هذه الدلالة في هذه الأحوال ليست لمجرد السكوت وإنما هي للقرائن التي حفت بالسكوت^(١).

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ص ١١٨، ١١٩.

الباب الثاني

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

ويشتمل على فصلين

الفصل الأول: دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريفها.

المبحث الثاني : في أقسامها.

الفصل الثاني: دلالة المفهوم ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريفها

المبحث الثاني: في أقسامها.

الباب الثانى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

قسم جمهور الأصوليين اللفظ من حيث دلالاته على المعنى إلى قسمين:

دلالة المنطوق.

دلالة المفهوم.

وهذا التقسيم للدلالة، هو الذى اختاره الإمام البخارى^(١)، وهناك بعض من العلماء ذهب إلى أن المنقسم إلى المنطوق والمفهوم هو المدلول، وهو المختار عند الإمام سعد الدين التفتازانى^(٢).

ونقول: إن الخلاف لا يؤثر فى المراد؛ لأن تقسيم أحدهما يقتضى تقسيم الآخر، إذ المدلول هو المعنى الثابت بالدلالة، فإذا انقسم المدلول إلى منطوق ومفهوم انقسمت الدلالة تبعاً لذلك، وبذلك يكون الخلاف لفظياً، لا يترتب عليه أية ثمرة فى الأحكام الشرعية.

وجه اتحصار الدلالة عند الجمهور فى هذين القسمين:

هو أن الذى يستفاد من اللفظ نوعان:

أحدهما: متلقى من المنطوق به المصرح بذكره.

(١) ينظر: نهاية السؤل — ج ١ ص ٣١١.

(٢) ينظر: حاشية السعد على مختصر بن الحاجب ج ١ ص ١٧١.

والثاني: متلقى من فحوى اللفظ، وهو مسكوت عنه لا نكر له ولا تصريح به، ونعني بالمنطوق هنا المنطوق به أى اللفظ المتكلم به، وربما أطلق على المعنى كذلك اصطلاحاً، قال العطار في حاشيته على جمع الجوامع: "وإطلاقه على المعنى حقيقة اصطلاحية وإلا فالمعنى لا ينطبق به وإنما ينطق باللفظ"^(١).

وحيث علمنا ذلك فقد آن لنا أن نتكلم عن الأقسام السابقة فنقول:-

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٧٩.

الفصل الأول

في تعريف دلالة المنطوق وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف المنطوق.

المبحث الثاني : أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : في تعريفه.

المسألة الثانية: في أقسامه.

المطلب الثاني: المنطوق غير الصريح

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: في تعريفه

المسألة الثانية : في أقسامه.

الفصل الأول

دلالة المنطوق

المبحث الأول

تعريف المنطوق:

المنطوق في اللغة: الملفوظ، وهو مأخوذ من نطق بمعنى تكلم بصوت واشتمل كلامه على حروف ومعاني^(١)، فالمنطوق إذاً هو:

الكلام الذي نطق به المتكلم وتلفظ به، وسواء أكان المتلفظ به حكماً أو ذاتاً وسواء أدل اللفظ على الحكم الملفوظ به بنحو الحقيقة مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٢) أم بنحو المجاز مثل قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾^(٣)، حيث دل الكلام المركب بمنطوقه في الآية الأولى على جواز البيع وتحريم الربا بنحو الحقيقة، ودل في الثانية على وجوب التيمم عند عدم الماء ووجود الجنابة المعبر عنها باللمس مجازاً (وهذا عند الأحناف الذين يفسرون اللمس في الآية بالجماع، أما عند غيرهم فاللمس في

(١) ينظر: مختار الصحاح — ص ٦٧.

(٢) سورة البقرة من الآية [٢٧٥].

^٣ سورة النساء من الآية

حقيقته ليس فى الآية حينئذ)، وأما دلالة المنطوق على الذوات فنذلك كنحو أحمد ومصطفى إلى غير ذلك من سائر الذوات^(١).

وفى اصطلاح الأصوليين :

وهو ما دل عليه للفظ فى محل النطق^(٢)، وهذا هو التعريف المختار عند الجمهور، ولهذا سوف نتعرض لشرحه ونرد على ما ورد عليه من اعتراضات.

قولهم " ما " اسم موصول بمعنى الذى وهو مدلول اللفظ، أى المعنى الثابت به، وتفسير " ما " فى التعريف المتقدم بأنها مصدرية، ذهب إليه ابن الحاجب، وذهب بعض الأصوليين إلى أنها واقعة على معنى.

وقد انبنى على الخلاف فى تفسير " ما " خلافهم فى كون المنطوق والمفهوم هل هما من أقسام المدلول أو من أقسام الدلالة، والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن المنطوق والمفهوم قسمان للمدلول لا للدلالة إذ هو بذلك يكون أعم فى تناول أسماء المعانى والذوات، فىكون بذلك أشمل مما لو جعل من أقسام الدلالة فإنه إذ ذاك، لا يتناول نحو زيد مما هو ذات الحكم.

(١) ينظر: تيسر التحرير - ج ١ ص ٩١، وفوتوح الرحموت - ج ١ ص ٤١٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١١٠، إرشاد الفحول للشوكاني - ص ٣٠٢، مختصر

ابن الحاجب بشرح العضد - ج ١ ص ١٧١، والمطى على جمع الجوامع - ج ١ ص ٢٣٢،

الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦٧، ومنهاج القول - ج ١ ص ٣٠٩.

قال ابن أمير الحاج: ثم كونهما من أقسام الدلالة هو الذى مشى عليه القاضى عضد الدين^(١).

و"ما" جنس فى التعريف يشمل كل مدلول للفظ سواء أكان مدلول اللفظ مطابقاً أم تضميناً أم التزاماً، كما يشتمل مدلول غير اللفظ، كطلب الشرب الذى هو مدلول الإشارة بوضع اليد على الفم خاصة، وخرج به ما ليس بمدلول.

وقولهم "فى محل النطق" قيد ثان خرج به المفهوم؛ لأنه ليس فى محل النطق وإنما فى محل السكوت.

والمراد به: المتناظر به بأن يكون حكماً لمذكور مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٌ﴾^(٢)، فإن "آف" الذى هو محل الحكم ملفوظ به فى الكلام، وحكمه التحريم لدلالة النهى على ذلك.

والمعتبر فى المنطوق ذكر محل الحكم فى الكلام سواء ذكر الحكم كالآية السابقة أم لم يذكر بأن كان الحكم معلوماً لكونه جواباً عن سؤال، بأن قال قائل لغيره مثلاً: أوجب الزكاة فى الغنم السائمة والمعلوفة، فيجيبه الممنول بقوله: فى السائمة فقط، أى تجب فى السائمة فقط، فهنا حذف الحكم لكونه معلوماً من السؤال^(٣) وعلى هذا يكون تعريف دلالة

(١) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١١١، شرح العضد على مختصر المنتهى - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٣) ينظر: التقرير والتحرير - ج ١ ص ١١٠، ١١١.

المنطوق: هي دلالة اللفظ على المعنى فى محل النطق لا فى محل السكوت.

أورد عليه من اعتراضات والجواب عنها:

أورد الأمدى على تعريف جمهور الأصوليين لدلالة المنطوق اعتراض فقال: إن هذا التعريف غير صحيح، لأن الأحكام المضمرة فى دلالة الاقتضاء مفهومة من اللفظ فى محل النطق، ولا يقال لشئ من ذلك منطوق اللفظ فالواجب أن يقال: المنطوق ما يفهم من دلالة اللفظ قطعاً فى محل النطق^(١) وذلك كتحریم للتأفیف للوالدين من قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ، وعلى هذا يكون التعريف غير مانع.

والجواب عنه:

أن الدلالة فى اللفظ المنطوق به ناشئة من وصفه للمعنى الذى دل عليه، وأيست ناشئة من توقف صحته على مضمير من الكلام كما هو الحال فى دلالة الاقتضاء^(٢).

ما يقابل دلالة المنطوق عند الأحناف:

إن دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الأحناف، وقد أشار إلى ذلك الإمام البخارى فقال: اعلم أن عامة الأصوليين من أصحاب الشافعى قسموا دلالة اللفظ إلى منطوق

(١) ينظر: الأحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٢.

(٢) ينظر: تقريرات الشرينى على جمع الجوامع ج ١ ص ٢٧٣.

ومفهوم وقالوا : دلالة المنطوق " ما دل عليه اللفظ في محل النطق"، وجعلوا ما سميناه عبارة وإشارة واقتضاء من هذا القيل^(١).

المبحث الثاني

أقسام دلالة المنطوق

تنقسم دلالة المنطوق إلى قسمين:

منطوق صريح.

منطوق غير صريح.

وسأتناول بيانهما في مطلبين .

المطلب الأول

المنطق الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه: ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع^(٢).

وعرفه الإمام الشوكاني بأنه: ما دل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن^(٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى - ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير - ج ١ ص ١١١.

(٣) ينظر: إرشاد الفحول - ص ٣٠٢.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: ما وضع له للفظ سواء دل عليه مطابقة أو تضميناً^(١).

وعرفه الإمام البخشي بأنه : ما دل عليه اللفظ مطابقة أو تضميناً لا ما يفهم من سوق للكلام^(٢).

وهذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متحدة في المعنى، وعلى هذا يمكن تعريف المنطوق الصريح بأنه: "ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع"، فيشمل كلاماً من الدلالة المطابقة والتضمينية كدلالة لفظ إنسان على الحيوان الناطق في المطابقة أو دلالة على الحيوان فقط، أو الناطق فقط في التضمينية^(٣).

المسألة الثانية : أقسام المنطوق الصريح:

ينقسم المنطوق الصريح إلى :

٢- مركب

١- مفرد

المراد بالمفرد هنا: هو ما لا يدل جزؤه على جزء المعنى الموضوع له، وهذا صادق بصورتين:

ألا يكون له جزء أصلاً كهمزة الاستفهام إذا انفردت.

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العبد - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: شرح لبخشي على منهاج البيضاوي - ج ١ ص ٣٠٨.

(٣) ينظر: تفسير التحرير - ج ١ ص ٩٢، وشرح العبد ج ٢ ص ١٧١، ومنهاج العقول ج ١

ص ٣١١، وفوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والتقرير والتحرير ج ١ ص ١١١.

ما له جزء ولكنه لا يدل على معنى كالزاي والباء والدال من " زيد " إذا انفرد كل حرف منها.

فإن قيل: إن من نطق بهذه الحروف يدل نطقه بها على حياة المتكلم بهذه الحروف، فيكون النطق بكل حرف منها على حدة دل على معنى، وهو أن المتكلم بها حي.

أجيب: بأن دلالتها حينئذ على حياته ليست من باب الدلالة اللفظية، بل هي من باب الدلالة العقلية، وهي خارجة عن موضوعنا.

فإن قيل: إن كلا من هذه الحروف إذا انفرد دل على عدد الحروف من حيث هو عددها

أجيب: بأنه اصطلاح لأهل العرف وليس توقفاً^(١).

والمركب: هو ما دل جزؤه على جزء المعنى الموضوع له دلالة مقصودة.

المطلب الثاني

المنطوق غير الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه : دلالة اللفظ على لازم له^(٢).

(١) ينظر : حاشية المطار على جمع الجوامع — ج ١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: التقرير والتحرير ج ١، ص ١١١، أصول الفقه للشيخ محمد الخضري — ص ١٢١.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: دلالة اللفظ على ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه^(١).

وعرفه الإمام الشوكاني بأنه: ما دل عليه اللفظ بالالتزام^(٢).

وعرفه ابن الهمام بأنه: دلالة اللفظ على ما يلزم^(٣).

وعرفه الإمام الأسنوي بأنه: ما دل على اللفظ التزاماً^(٤).

وباستقراء ما ورد عن العلماء في تعريف المنطوق غير الصريح نجد أن الاختلاف بينهم في تعريفه اختلاف في العبارة واللفظ دون المعنى، وعليه يمكن تعريف المنطوق غير الصريح بأنه: "ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه مثاله قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥)، فإنه دل على أن نفقة الولد على الأب دون الأم، ولو نظرنا إلى لفظ اللام في الآية نجد أنه لم يوضع لإفادة هذا الحكم؛ وإنما وضع للدلالة على أن الولد ينسب لأبيه، وقد أفاد الحكم الأول بطريق الالتزام^(٦).

المسألة الثانية: أقسام المنطوق غير الصريح

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد - ج ٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول للشوكاني - ص ٣٠٢.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج ١ ص ٥٢.

(٤) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣١١.

(٥) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٦) ينظر: أصول السرخسي ج ١ ص ٢٣٧.

قسم الجمهور^(١) المنطوق غير الصريح إلى ثلاثة أقسام:

١- دلالة الاقتضاء ٢- دلالة الإيماء ٣- دلالة الإشارة.

وجه الحصر في هذه الأقسام الثلاثة :

قال الإمام محمد بن الحسن البخشي في بيان وجه الانحصار (مع تجوز): أن المدلول عليه بالالتزام إما أن يكون مقصوداً من اللفظ بالذات، وإما أن لا يكون مقصوداً، فإن كان مقصوداً للمتكلم فذلك بحكم الاستقراء نوعان:

أحدهما: أن يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام في صحته عقلاً أو شرعاً، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة اقتضاء، أي أن اللفظ يقتضي ذلك المدلول وليس بنص صريح فيه.

وثانيهما: أن لا يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام أو صحته، فدلالة اللفظ عليه دلالة إيماء وتنبية.

وإن لم يكن المدلول عليه بالالتزام مقصوداً للمتكلم، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة^(٢).

(١) سار على هذا التقسيم من الجمهور ابن الحاجب وابن الهمام وأبو الفتوح في مختصر التحرير وشرحه، وخالفهم في هذا التقسيم بعض العلماء منهم الأمدى والغزالي، وقد ورد عليها بعض المناقشات والمآخذ، كما جمل التقسيم الراجح هو ما ذهب إليه غيرهم من العلماء. ينظر: مختصر المنتهى ج ٢ ص ٣٥٣، تيسير التحرير ج ٢ ص ٩٢، الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦٢، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٣٠٢ المتضمني ج ٢ ص ١٤٥.

(٢) ينظر: منهاج العقول - ج ١ ص ٢١١، ٢١٢.

١- دلالة الاقتضاء:

"هي دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً، وقد تقدم للمثال لها في الكلام عن دلالة الاقتضاء عند الحنفية.

٢- دلالة الإيماء^(١):

عرفها الإمام الشوكاني فقال: " دلالة الإيماء أن يقترن لللفظ بحكم لو لم يكفي للتعليل لكان بعيداً^(٢) .

وعرفها بعض العلماء بأنها: هي اقتران وصف بحكم لو لم يكن للتعليل لكان القرآن بعيداً، وهذا محله باب القياس.

مثالها:

قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾^(٣)، فقد رتب الحكم وهو القطع على الوصف وهو السرقة، فلو لم يكن الوصف هنا لتعليل الحكم لكان بعيداً، ومن الأمثلة أيضاً: ما روى أن أعرابياً جاء إلى النبي

(١) دلالة الإيماء: تسمى عند البعض " دلالة التنبيه"، ولا فرق بين التسميتين إلا أن يقال : إن الإيماء يستدعي التنبيه ويدل عليه، فيكون التنبيه محلولا عليه بالإيماء ودال السامع في نفس الوقت، ينظر: شرح العضد - ج ١ ص ١٧٢، فوائح الرخصوت ج ١ ص ٤١٢، وتيسير التحرير ج ١ ص ٩٢.

(٢) ينظر: إرشاد القحول - ص ٣٠٢.

(٣) سورة المائدة من الآية : [٣٨].

ﷺ فقال: هلكت يا رسول الله، قال: " ما أهلكك؟" فقال: وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، فقال النبى ﷺ : " أعتق رقبة"^(١).

فحكم النبى ﷺ بعتق رقبة عقب قول الأعرابى وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، يدل بطريق الإيماء أن الوقاع علة الحكم^(٢).

٣- دلالة الإشارة :

هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم^(٣).

وقد ذكرنا أمثلتها فى الكلام عن دلالة الإشارة عند الحنفية.

هذا وإذا دل اللفظ على المعنى بمنطوقه: فإما أن يكون المنطوق واحداً بمعنى أن اللفظ لم يستعمل إلا فى معنى واحد، وحينئذ فلا خلاف فى أن اللفظ يحمل على هذا المعنى عند الإطلاق ما دلم لم يوجد من القرائن ما يمنعه من حمله عليه سواء أكان هذا المعنى شرعى أو عرفى أو لغوى.

أما إذا كان المنطوق متعددًا بمعنى أن اللفظ قد استعمل فى معان متعددة بعضها شرعى وبعضها عرفى، وبعضها لغوى وشاع استعماله

(١) رواه مسلم وأحمد. ينظر: صحيح مسلم - كتاب الصيام - حديث رقم ١١١١، ومسند أحمد حديث رقم ٧٧٢٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ج ١ ص ٩٢.

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦١ وما بعدها.

فى هذه المعانى، فقد اختلف العلماء فيما يحمل عليه اللفظ من هذه المعانى على أقوال أهمها ما يأتى :

القول الأول:

وهو المختار للإمام البضاوى: أن اللفظ يحمل على المعنى الشرعى، ثم المعنى العرفى ثم المعنى اللغوى؛ وذلك لأن مقصود الشارع هو بيان الشرعيات دون غيرها فيحمل اللفظ على ما يقصده الشارع منه، ولذلك حمل قول النبى ﷺ " فى الغنم السائمة زكاة" ^(١) على الزكاة الشرعية دون الزكاة اللغوية، وهى النماء، فإذا تعذر الحمل على المعنى الشرعى، حمل على المعنى العرفى، أى المتعارف عليه عند المتخاطب به، فلو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً لا يحنث، وذلك إذا كان المتعارف عليه أن المسجد لا يسمى بيتاً، فهنا لا يحمل البيت على ما يشمل المسجد بل يحمل على ما عداه، وإذا تعذر المعنى العرفى، حمل اللفظ على المعنى اللغوى تصحيحاً للكلام؛ لأن عدم حمل اللفظ عليه يجعل المتكلم به لغوياً، وهو بعيد عن العقلاء فضلاً عن الشارع الحكيم.

(١) رواه الإمام البخارى وأبو داود والترمذى والطبرانى والدارمى عن أنس وابن عمر مرفوعاً بالفاظ مختلفة ينظر: صحيح البخارى - ج ١ ص ٢٣٧، سنن أبى داود ج ٢ ص ٩٦ - حديث رقم ١٥٦٧، سنن الترمذى - ج ٤ ص ٢٨، وسنن الدارمى ج ١ ص ٣٨١، وتخرج أحاديث البيهقى ص ١٣٧.

القول الثاني:

لا يحمل اللفظ على واحد من هذه المعاني، بل يكون مجملًا، ويتوقف حمله على أحدها بخصوصه حتى تقوم القرينة عليه سواء وقع اللفظ في الإثبات أو في النفي.

وجه هذا القول: أن اللفظ قد استعمل في كل منها، ولا قرينة ترجح حمله على أحدها بخصوصه دون الآخر، فكان حمله على أحدها بخصوصه ترجيحاً بلا مرجع وهو باطل^(١).

(١) ينظر: منهاج الحقول - ج ١ ص ٣٠٩، وشرح المعرى على منهاج البيضاوى - رسالة لنيل درجة للمجستير بكلية الشريعة - ١٩٩١م - ص ٢٧٢.

الفصل الثاني

في تعريف دلالة المفهوم وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : في تعريف دلالة المفهوم

المبحث الثاني : في أقسامها.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: في مفهوم الموافقة.

ويشتمل على خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريفه. المسألة الثانية: شرطه.

المسألة الثالثة: أقسامه من حيث الحكم. المسألة الرابعة: حكمه.

المسألة الخامسة: أقسامه من حيث القطع والظن بعلية الحكم.

المطلب الثاني: في مفهوم المخالفة:

ويشتمل على عشر مسائل:-

المسألة الأولى : تعريفه المسألة الثانية : حججه.

المسألة الثالثة: شروط العمل به المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل
بمفهوم المخالفة

المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة-	المسألة السادسة: مفهوم اللقب
المسألة السابعة: مفهوم الصفة	المسألة الثامنة: مفهوم الشرط
المسألة التاسعة: مفهوم العدد	المسألة العاشرة: مفهوم للغاية

الفصل الثاني

مقالة المفهوم

المبحث الأول

تعريف المفهوم:

المفهوم فى اللغة: المعلوم، وهو اسم مفعول مأخوذ من فهم بكسر الهماء بمعنى علم، والمراد به حصول المعنى فى ذهن السامع^(١)، كما يطلق المفهوم على اللحن، وهو الفهم، ولهذا يقول الأصوليين فى مفهوم الموافقة لحن الخطاب.

وفى اصطلاح الأصوليين: أورد لها تعريفات متعددة منها ما يأتى:-

١- عرفها ابن الحاجب بأنها: ما يدل على اللفظ لا فى محل النطق أى يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله^(٢).

٢- وعرفها الإمام الشوكاتى بأنها: ما يدل عليه اللفظ لا فى محل النطق أى يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله^(٣).

(١) ينظر: مختار الصحاح - من ٥١٣، لسان العرب ج ٢ من ١٤١٣.

(٢) ينظر: مختصر المنتهى بشرح القمى - ج ٢ من ١٧١.

٣- وعرفها الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى بأنها: ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق^(١).

وباستقراء ما ورد عن الأصوليين فى تعريفهم لدلالة المفهوم نجد بأنهم وإن اختلفوا فى اللفظ إلا أنهم اتفقوا فى المعنى^(٢)، وعليه يمكن تعريف دلالة المفهوم بأنها: " ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق " وهذا ما اختاره الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى وسوف تقتصر عليه فى الشرح والبيان فنقول:

شرح التعريف:

قوله " ما " اسم موصول بمعنى الذى، وهو المعنى المدلول لللفظ، وهو جنس فى التعريف يشمل كل مدلول لللفظ، ومدلول غير اللفظ كمدلول الإشارة.

وقوله " دل عليه اللفظ " قيد أول خرج به مدلول الإشارة فإنها ليست لفظا وكذا مدلولها لم يدل عليه اللفظ بل الإشارة.

(١) ينظر: إرشاد القحول - ص ٣٠٢.

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٤٨٠.

(٣) ينظر: تعريفات الأصوليين للمفهوم أيضا فى: المحلى على جمع الجوامع، وحاشية البناتى عليه ج ١ ص ٢٤٠، والمستصطفى - ج ٢ ص ١٩١، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١١ - وتيسير التحرير - ج ١ ص ٩١.

وقوله " فى غير محل النطق " قيد ثان خرج به المنطوق؛ لأنه فى محل النطق والمراد به فى غير محل التلفظ.

مثاله: تحريم ضرب الولدين وشتمهما وحبسهما، فإن الضرب والشتم والحبس لم يذكر شيئا منها فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ^(١)، لكن الآية دلت على تحريم الضرب والحبس والشتم لكونها أولى بالتحريم من المحل المذكور وهو التأفيف، وعلى هذا يمكن أيضا تعريف دلالة المفهوم بأنها: دلالة اللفظ على المعنى لا فى محل النطق والتلفظ بل فى محل السكوت.

وتعرف هذه الدلالة بالدلالة المعنوية، كما تعرف بالدلالة الالتزامية وهى دلالة اللفظ على لازم للمعنى كدلالة لفظ إنسان على الكتابة أو الضحك ^(٢)، هذا وبعد بيان للتعريف وشرحه نذكر تنمة فنقول:-

اختلف العلماء فى استفادة للحكم من المفهوم مطلقا، هل هو بدلالة العقل من جهة التخصيص بالذكر، أم مستفاد من اللفظ على قولين ^(٣)؟
الأول: وهو ما ذهب إليه أبو المعالى فى البرهان من كون استفادة الحكم من اللفظ ^(٤).

(١) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٢) ينظر: نشر البنود ج ١ ص ٩٦، الآيات البينات ج ٢ ص ١٦، حاشية البناني ج ١ ص ٢٤١ وتقاريرات الشربيني على جمع الجوامع ج ١ ص ٢٣٩.

(٣) ينظر: المحصول — ج ١ ق ٢ — ص ٦٥٤، المستصفي ج ٢ ص ٧٠.

(٤) ينظر: للبرهان — ج ١ ص ٤٤٨.

الثاني: وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلى أن استفادة الحكم بدلالة العقل.

دليل أبي المعالي : هو أن اللفظ لا يدل بذاته، وإنما دلالاته بالوضع، ولا شك أن العرب لم تضع اللفظ ليدل على شيء مسكوت عنه؛ لأنه إنما يشعر به بطريق الحقيقة أو بطريقة المجاز، وليس المفهوم واحداً منهما، ولا خلاف في أن دلالاته ليست وضعية إنما هي إشارات ذهنية من باب التنبيه بشيء على شيء^(١).

(١) ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحتين، وشرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٤٨٠.

المبحث الثاني

أقسام دلالة المفهوم

قسم جمهور العلماء دلالة المفهوم إلى قسمين:

مفهوم موافقة.

مفهوم مخالفة.

وقبل بيان هذه الأقسام بالتفصيل نريد أن نشير إلى أن الإمام البيضاوي^(١) قد خالف الجمهور في هذا التقسيم، حيث جعل المنطوق مقصوراً على الصريح أما غير الصريح، وهو المنلول الالتزامي في اللفظ أو دلالة الالتزام فقد جعله من قبيل المفهوم.

ولذلك فقد قسم الإمام البيضاوي دلالة المفهوم إلى ما يأتي:

١- دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن معنى لفظ مفرد، وتعرف هذه الدلالة بدلالة الاقتضاء.

٢- دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن لفظ مركب، وهذا ينقسم إلى قسمين؛ لأن حكم لل لازم المسكوت عنه إن كان موافقاً لحكم الملزوم المصرح به، بأن كان حكم كل منهما التندب أو الوجوب مثلاً سمي مفهوم موافقة.

(١) وكذا من هذا جنوه وسار على منواله - ينظر : منهاج العقول - ج ١ ص ٢١١.

وإن كان حكم لللازم يخالف حكم الملازم، بأن كان أحدهما واجباً والآخر محرماً سمي مفهوم مخالفة.

والآن وبعد أن بينا ما يتعلق بالتقسيم عند جمهور الأصوليين والإمام البيضاوي نعود إلى بيان الأقسام السابقة بالتفصيل فنقول:

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

المسألة الأولى: تعريفه:

هو دلالة اللفظ على إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه، أي يكون المسكوت عنه موافقاً للمذكور في الحكم نفيّاً أو إثباتاً.

وعرفه الأمدى بأنه: ما يكون مدلول اللفظ في محل السكون موافقاً لمحلولة في محل النطق^(١).

وسمي مفهوم موافقة؛ لأن المسكوت عنه وافق المنطوق به في الحكم ويسمى أيضاً بفحوى الخطاب، ولحنه — أي لحن الخطاب — فلحن الخطاب ما لاح في أثناء اللفظ، كما يسمى بالقياس الجلي.

(١) ينظر: الأحكام للآمدى ج ٣ ص ٦٢، والتمهيد للأمنوي — ص ٦٥، وتيسير التحرير — ج ١ ص ٩٤ ولللمع — ص ٢٥، وشرح العضد — ج ٢ ص ١٧٢، وروضة الناظر — ص ٢٦٣، وفواتح الرحموت ج ١ ص ٤١٤، ونشر البنود — ج ١ ص ٩٥، والبرهان — ج ١ ص ٤٩٩، والمستصفي — ج ٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح الفصول — ص ٥٤.

وقيل بأن الفحوى ما نبه عليه باللفظ، واللحن ما يكون محالا على غير المراد فى الأصل أو الوضع^(١).

المسألة الثانية : شرطه:

يشترط للعمل بمفهوم الموافقة ما يأتى:

١- فهم المعنى من اللفظ فى محل النطق، أى أن المسكوت عنه مفهوم لغة فى الجملة من غير أن يكون موقفا على الاجتهاد.

٢- أن يفهم أن المفهوم أولى من المنطوق أو مساو له.

وممن نص على هذين الشرطين للقاضى أبو يعلى فى العدة وأبو الخطاب فى التمهيد^(٢)، وبعضهم يسمى الأولوى بفحوى الخطاب، والمساوى بلحن الخطاب.

المسألة الثالثة : أقسامه:

ينقسم مفهوم الموافقة إلى قسمين:

الأول: أولوى، وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به كضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإنها أولى بالتحريم من التأفيف المنطوق به فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ لكون الأذى فيها أبلغ وأشد من التأفيف.

(١) ينظر: لب القاضى للموردى - ج ١ ص ٦١٧.

(٢) ينظر: المستصفى - ج ٢ ص ١٩١، وروضة الناظر - ص ١٣٨، والآيات البينسات - ج ٢

ص ١٦، وحاشية البنا - ج ١ ص ٢٤١، والعدة - ج ١ ص ١٥٢.

الثاني: مساو، وهو ما كان الحكم في المسكوت عنه مساوياً للحكم في المنطوق به، كتحریم إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فإنه مساوٍ لتحریم أكل ماله ظلماً، والثابت بقوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾ ^(١)، إذ العلة في تحریم أكل مال اليتيم ظلماً هي إتلاف ماله وضياعه، وهذه العلة مساوية لعلة تحریم إحراق ماله أو إغراقه، فتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه للإتلاف وضياع المال، فكما يتحقق هذا بالأكل يتحقق كذلك بالإحراق أو الإغراق؛ لأن كلا من الأكل والإحراق والإغراق مضيعة للمال والمقصود به هو المحافظة على مال اليتيم ^(٢)، هذا وقد يكون الحكم في المسكوت عنه أدنى من المنطوق به كدلالة قوله تعالى : ﴿ ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ﴾ ^(٣)، على تأدية ما دون القنطار، قال الأمدى: والدلالة في جميع ما تقدم لا تخرج عن أن تكون من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى وبالأعلى على الأدنى ^(٤)، وزاد بعض العلماء والتنبيه على المساوئ في الحكم ^(٥).

(١) سورة النساء من الآية [١٠].

(٢) ينظر: جمع الجوامع — ص ٢٤١.

(٣) سورة آل عمران : آية [٧٥].

(٤) ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٦٢، والمصودة — ص ٣٤٦.

(٥) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٢ — ٣٠٣.

المسألة الرابعة: حكمه:

مفهوم الموافقة حجة، قال ابن مفلح: ذكره بعضهم إجماعاً، لتبادر فهم العقلاء إليه، واختلف النقل عن داود الظاهري^(١).

وقال الأمدى: اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري أنه قال ليس بحجة، ودليل كونه حجة: أنه إذا قال السيد لعبده: لا تعط زيدا حبة، ولا نقل له ألف، ولا تظلمه بذرة، فإنه يتبادر إلى الفهم من ذلك امتناع إعطاء ما فوق الحبة، وامتناع الشتم والضرب، وامتناع الظلم بالدينار وما زاد... وكذا لامتناعه من أكل ما زاد على اللقمة كالرغيف، وشرب ما زاد على الجرعة^(٢).

هذا وبعد اتفاق الجمهور على حجية مفهوم الموافقة، وقع خلاف بينهم في أن مستند الحكم في محل السكوت هل هو فحوى الدلالة اللفظية أو الدلالة القياسية؟

اختلاف العلماء في ذلك على قولين:

الأول: وهو أن دلالاته لفظية أى أن مستند الحكم في محل السكوت هو فحوى الدلالة اللفظية، وهذا ما عليه الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) وبعض

(١) ينظر: المسودة - ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٢ ص ٦٣، ٦٤، وشرح الكوكب المنير - ج ٢ ص ٤٨٣.

(٣) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ٩٤، وفتح الغفار - ج ٢ ص ٤٥، وكشف الأسرار - ج ١

ص ٧٢، وفتوح الرحموت - ج ١ ص ٤٠٨، أصول المرخسى - ج ١ ص ٢٤١.

(٤) ينظر: شرح المضد على مختصر ابن الحاجب - ج ٢ ص ١٧٢، ونشر البتود - ج ٢ ص ٩٦.

الشافعية ، ونص عليه الإمام أحمد بن حنبل، وحكاه ابن عقيل عن الحنابلة^(١)، كما أنه اختيار لجماعة من المتكلمين^(٢).

هذا وقد اختلف أصحاب هذا القول فيما بينهم فسي أنه: هل المسكوت عنه فهم من القرائن الخارجية والسياق أم بطريق الالتزام؟

فذهب الإمام الغزالي^(٣) والأمدى^(٤): إلى أن الصحيح أنه فهم من السياق والقرائن، والمراد بالقرائن هنا: المفيدة للدلالة على المعنى الحقيقة لا المانعة من إدارته؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ونحوه من مستعمل في معناه الحقيقة غايته أنه علم منه حرمة الضرب والشتم والحبس بقرائن الأحوال وسياق الكلام، واللفظ لا يصير بذلك مجاز كالتعريض.

وذهب بعض العلماء: إلى أن اللفظ حقيقة عرفية في المعنى الالتزامى الذى هو للضرب.

قال الكروانى عن هذا القول: إنه باطل؛ لأن المفردات مستعملة في معانيها اللغوية^(٥).

(١) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر — ص ٢٦٣، المسودة ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٣.

(٣) ينظر: المستصفى — ج ٢ ص ١٩٠.

(٤) ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٣ ص ٦٧.

(٥) ينظر: شرح الكوكب المنير — ج ٣ ص ٤٨٤، ٤٨٥.

الثاني:

هو أن دلالاته قياسية، وهذا ما عليه الإمام الشافعي والقفال الشاشي ونقله الهندي في النهاية عن الأكثرين^(١).

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١- قالوا إن العرب إنما وضعت هذه الألفاظ للمبالغة في التأكيد للحكم في محل السكوت، وأنها أفصح من التصريح بالحكم في محل السكوت، ولهذا فإنهم إذا قصدوا المبالغة في كون أحد الفرسين سابقاً على الآخر، قالوا هذا الفرس لا يلحق غبار هذا الفرس، وكان هذا عندهم أبلغ من قولهم هذا الفرس سابق لهذا الفرس، وكذلك إذا قالوا: فلان يأسف بشم رائحة مطبخه، فإنه أفصح عندهم وأبلغ من قولهم فلان لا يطعم ولا يسقى^(٢).

٢- قالوا أيضاً إنه يفهم لغة قبل شرع للقياس، ولا ندرج أصله في فرعته نحو لا تعطيه ذرة^(٣)، ويشارك في فهمه اللغوى وغيره بلا قرينة.

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٧، وشرح العضد - ج ٢ ص ١٧٣، والمحلى على جمع

الجوامع - ج ٢ ص ٢٤٢، واللمع ص ٢٥.

(٢) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٤.

(٣) فيدل على عدم إعطاء الأكثر إذ الذرة دخله في الأكثر - ينظر: شرح العضد - ج ٢ ص

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

قالوا إنا لو قطعنا النظر عن المعنى الذى سيق له الكلام من كف الأذى عن اللوالدين وعن كونه فى الشتم والضرب أشد منه فى التأفيف، لما قضى بتحريم الشتم والضرب إجماعاً، فالتأفيف أصل ، والشتم والضرب فرع، ودفع الأذى علة والتحريم حكم، ولا معنى للقياس إلا هذا^(١).

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

أن العارف باللغة يفهم من النهى عن كلمة " أف " فى الآية الكريمة مثل ما يفهم من النهى عن جميع أنواع الأذى بمجرد سماع هذه الكلمة دون حاجة إلى نظر واستنباط وتطمئن نفسه إلى أن الشارع متى نهى عن التأفيف فقد نهى عن جميع أنواع الأذى وهذا القدر كاف فى اعتبار هذه للدلالة لفظية لا قياسية.

نوع الخلاف فى هذه المسألة:

يرى بعض العلماء أن النزاع فى كون الدلالة لفظية أم قياسية نزاع لفظي؛ لأن الكل متفقون على اعتبار هذا النوع من الدلالة على الحكم سواء سموه مفهوم الموافقة أو دلالة النص.

(١) ينظر: الأحكام للامدى - ج ٣ ص ٦٤.

أما من نظر إلى أن إلحاق المسكوت بالمنطوق إلحاق فرع بأصل لا اشتراكهما في علة جامعة بينهما، اعتبروه قياساً جلياً، ومن هذا قيل الخلاف بينهما يعد لفظي، قال السعد بعد ذكر خلاف العلماء في هذا الموضوع.

والحق أن النزاع لفظي، ونقل الجلال المحلى عن الصفي الهندي أنه لا تنافي بينهما؛ لأن المفهوم مسكوت، والقياس إلحاق مسكوت بمنطوق^(١)، ولهذا جعل الإمام البيضاوي هذه الدلالة مفهوماً تارة وقياساً تارة أخرى^(٢).

المسألة الخامسة : أقسام مفهوم الموافقة:

قسم الأصوليون مفهوم الموافقة إلى قسمين:

١- قسم قطعي:

وهو ما قطع فيه بعلية الحكم في المنطوق به وفي المسكوت عنه، ومثاله ما ذكرنا من آية التأنيف حيث علمنا من سياق الآية أن حكمة تحريم التأنيف إنما هو دفع الأذى عن الوالدين، وأن الأذى في الضرب والشتم والحبس أشد.

وأيضاً من الأمثلة: ما احتج به الإمام أحمد — رحمه الله — في رهن المصحف عند الذمي بنهي النبي ﷺ عن السفر بالقرآن إلى أرض

(١) ينظر: حاشية السعد على المختصر — ج ٢ ص ١٧٣، وجمع الجوامع — ج ١ ص ٢٤٥.

(٢) ينظر: نهاية السؤل — ج ١ ص ٣١١.

العدو، مخافة أن تناله أيديهم^(١)، فهذا قاطع، قال الشيخ تقي الدين بن تيمية: لأنه إذا نهى عما قد يكون وسيلة إلى نيلهم إياه، فهو عن إنالتهم إياه أنهى وأنهى^(٢).

وقال بعض العلماء في تفسير القطعي: كون التعليل بالمعنى وكونه أشد مناسبة للفرع، وكونهما قطعتين^(٣).

٢- قسم ظني: وذلك كما في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾^(٤)، فإنه وإن دل على وجوب الكفارة في القتل العمد، لكونه أولى بالمواخذة كما يقوله الشافعي، غير أنه ليس بقطعي لإمكان أن لا تكون الكفارة في القتل الخطأ موجبة بطريق المواخذة لقوله ﷺ: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان"^(٥)، والمراد به رفع المواخذة، بل نظراً للخطأ بإيجاب ما يكفر ذنبه في تقصيره ومن ذلك سميت كفارة،

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضي الله عنهما، مرفوعاً ينظر: صحيح البخاري - ج ٤ ص ١٨، وصحيح مسلم - ج ٢ ص ١٤٩، وبذل المجهود - ج ١٢ ص ١١٢، وسنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٩٦١، وموطأ مالك ج ٢ ص ٤٤٦، ومسند أحمد - ج ٢ ص ٦٣.

(٢) ينظر: المسودة - ص ٣٤٧.

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٥.

(٤) سورة النساء من الآية [٩٢].

(٥) رواه ابن ماجه والحاكم وابن حبان والبراني عن ثوبان بألفاظ مختلفة - ينظر: مسنن ابن ماجه - كتاب الطلاق - حديث رقم ٢٠٤٣، وفيض القدير - ج ٤ ص ٣٤، وكشف الخفا - ج ١ ص ٤٣٣ - وتخریج لأحدث أصول للزبدی ص ٣٩.

- وجناية المتعمد فوق جناية المخطئ، وعند ذلك فلا يلزم من كون الكفارة رافعة لإثم أدنى الجنايتين أن تكون رافعة لإثم أعلاها^(١).

(١) ينظر: الإحكام للامدني - ج ٢ ص ٦٥، ٦٦.

المطلب الثاني

مفهوم المخالفة

المسألة الأولى

تعريفه

هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه^(١).

وعرفه الآمدي بأنه:

هو ما يكون مدلول اللفظ في محل المسكوت مخالفا لمدلوله في محل النطق^(٢)، وسمى مفهوم مخالفة؛ لأن حكم المسكوت عنه مخالفة لحكم المنطوق به كما يسمى دليل الخطاب، وإنما سمي بذلك لأن دلالاته من جنس دلالات الخطاب أو لأن الخطاب دال عليه، أو لمخالفته منظوم الخطاب.

مثاله: قول النبي ﷺ: "مطل الغني ظلم"^(٣)، فقد دل بمنطوقه على تحريم مطل الغني، وهو امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن مع قدرته

(١) ينظر: البرهان - ج ١ ص ٤٤٩، وفوتوح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والمستصفي - ج ٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح الفصول - ص ٥٣، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١٢.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدي - ج ٣ ص ٦٦.

(٣) رواه البخاري ومسلم وأبو دلود والترمذي وابن ماجه وأحمد - ينظر: صحيح البخاري - كتاب الحوالة حديث رقم ٢٢٨٧، وكتاب الاستقراض وأداء الديون - حديث رقم ٢٤٠٠، وصحيح مسلم - ج ٣ ص ١١٩٧، وسنن أبي دلود - ج ٢ ص ٢٢٢، وتلحة الأحوذى - ج ٤

على الوفاء، ودل بمفهومه، أن مطل للفقير ليس بظلم، أى امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن ليس بظلم، لانتفاء الوصف الذى قيد حكم المنطوق به وهو الغنى.

المسألة الثانية

حجية مفهوم المخالفة

مفهوم المخالفة إما أن يكون وارداً فى كلام الناس وعبارات المؤلفين وإما أن يكون وارداً فى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، فإذا ورد مفهوم المخالفة فى كلام الناس وتصرفاتهم وسائر عباراتهم، فلا نزاع بين الأصوليين فى الاحتجاج به نزولاً على حكم العرف والعادة إذ جرت العادة على أنهم لا يقيدون كلامهم بقيد من هذه القيود إلا لفائدة، وهذه الفائدة هى ثبوت الحكم عند تحقق القيد، وانتفاؤه عند انتفائه، وإلا لكان الاتيان به عبثاً، والعبث يجب أن يمان عنه كلام العقلاء أما إذا ورد مفهوم المخالفة فى النصوص الشرعية فقد اختلف العلماء فى اعتبار مفهوم المخالفة دليلاً يحتج به على مذهبين:

الأول: وهو لجمهور الأصوليين وكثير من الفقهاء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة حجة فى دلالاته على الأحكام، وهذه الحجية تثبت لجميع أنواع مفاهيم المخالفة إلا مفهوم اللقب.

ص ٥٣٥، ومن ابن ماجه — ج ٢ ص ٨٠٢، ومسند أحمد — ج ٢ ص ٧٢، والموطأ ٤١٨،
ومنن النسائي — كتاب البيوع — حديث رقم ٤٦٩١.

الثاني: ما ذهب إليه الحنفية وبعض العلماء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة ليس حجة في كلام الشرع، وهذا المذهب حكاه أيضاً الشيخ أبو اسحاق في شرح اللمع عن القفال الشافعي وأبي حامد المروزي^(١).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

١- أن أئمة اللغة عملوا بمفهوم المخالفة، فقد جاء أن أبا عبيد القاسم بن سلام من أهل اللغة قد فهم مفهوم المخالفة من قوله ﷺ : " لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"^(٢).

٢- ما روى عن قتادة أنه قال: لما نزل قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾^(٣)، قال النبي ﷺ : " قد خيرني ربي فوالله لأزیدن على السبعين"^(٤) فقد فهم النبي ﷺ أن ما زاد على السبعين يكون له حكم مخالف للمنطوق.

(١) ينظر: إرشاد الفحول للشوكلي - ص ٣٠٣، والإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٦٧.

(٢) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، ينظر: مسند الإمام أحمد - ج ٤ / ٢٢٢، وبذل المجهود - ج ١٥، ص ٣١٤، وسنن النسائي - ج ٧ ص ٢٧٨، سنن ابن ماجه - ج ٢ ص ٨١١.

(٣) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٤) رواه الإمام البخاري والنسائي - ينظر : صحيح البخاري - ج ٦ ص ٨٦ ، وسنن النسائي - ج ٤ ص ٥٤.

٣- أن الصحابة عملوا بمفهوم المخالفة حيث اتفقوا على أن قوله ﷺ: "إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل"^(١)، ناسخ لقوله ﷺ: "الماء مسن الماء"^(٢)، ولولا أن قوله الماء من الماء يدل على نفي الغسل من غير إنزال لما كان ناسخاً له.

٤- قالوا أيضاً: إن الألفاظ كما تدل بمنطوقها ومفهومها الموافق، تدل أيضاً بمفهومها المخالف، وأن فائدة التخصيص بالذكر فى مفهوم المخالفة، إنما هى نفي مثل حكم المنطوق فى محل السكوت^(٣).

أدلة أصحاب المذهب الثانى:

استدل الأخناف ومن تبعهم على ما ذهبوا إليه بما يأتى:

لأنه لو كان الحكم المستفاد من مفهوم المخالفة ثابتاً لما ثبت خلافه واللازم بطل؛ لأنه قد ثبت فعلاً خلافه كما فى قوله تعالى: ﴿إِنْ عُدَّة الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنِ عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حَرَمَ ذَلِكَ الدِّينَ الْقِيمَ فَلَا تَظْلَمُوا فِيهِن أَنْفُسَكُمْ﴾^(٤)،

(١) رواه الترمذى - كتاب الطهارة - حديث رقم ١٠٩، سنن ابن ماجه - كتاب الطهارة - ومنها - حديث ٦٠٨.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الحيض - حديث رقم ٣٤٣، الترمذى - كتاب الطهارة - حديث ١١٠، سنن أبي داود - كتاب الطهارة - حديث ٢١٥.

(٣) ينظر: شرح العضد على المختصر - ج ٢ ص ١٨٠، المصطفى - ج ٢ ص ٢٠٥، تيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠.

(٤) سورة التوبة من الآية: [٣٦].

فدل هذا النص بمنطوقه على أن الظلم حرام في الأشهر الأربعة، فلو أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا أن الظلم مباح في غيرها من أشهر السنة، ولو ثبت هذا ما ثبت خلافه بالفعل؛ لأن الظلم حرام في جميع الأزمان سواء أكان في الأشهر الأربعة أم في غيرها.

وفى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا لَكُمْ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنْ قَتَلْتُمْ كَانَ خَطَاكُمْ كَبِيرًا﴾^(١)، فهذه الآية دلت بمنطوقها الصريح على تحريم قتل الأولاد حالة الخوف من الفقر، ولو أننا أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا بجواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق — وهو الفقر — وذلك بالغنى، ولو كان هذا ثابتاً ما ثبت خلافه لكن اللازم باطل حيث إن الحكم هو تحريم قتل الأولاد في جميع الأحوال^(٢).

٢- ليس مطرداً في الأساليب العربية نفى الحكم عند نفى القيد الذي قيد به الحكم بل كثيراً ما ترد العبارة مقيدة بقيد، ويتردد السامع في فهم حكم ما انتفى فيه القيد ويسأل المتكلم عنه، ولا ينكر عليه السؤال، فمن قال: إذا سافرت للعام الماضي غنمت لا ينكر على سامعه إذا استقهم عما إذا سافر هذا العام، وإذا كان نفى الحكم غير مقطوع به فلا يكون النص الشرعي حجة عليه؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط في الاحتجاج بها.

(١) سورة الإسراء آية: [٣١].

(٢) ينظر: تيسير التحرير — ج ١ ص ١٣١، والإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٦٨.

هذا وبعد بيان مذاهب العلماء في حجية مفهوم المخالفة، فنحن نرى أن مفهوم المخالفة لا يعمل به إلا إذا لم يظهر للمذكور فائدة إلا ثبوت نقيض حكم المذكور للمسكوت عنه.

تنبيه:

قال الإمام الشوكاني:

اختلف المثبتون للمفهوم في مواضع:

أحدها: هل هو حجة من حيث اللغة أو الشرع، وفي ذلك وجهان للشافعية، حكاهما الماوردي والرويانى، قال ابن السمعان: والصحيح أنه حجة من حيث اللغة وقال للفخر الرازى: لا يدل على النفي بحسب اللغة لكنه يدل عليه بحسب العرف العام، ونحو في المحصول في باب العموم أنه يدل عليه العقل.

الموضع الثانى:

اختلفوا أيضاً في تحقيق مقتضاه هل يدل على نفي الحكم عما عدا المنطوق به مطلقاً سواء كان من جنس المثبت أو لم يكن، أو تختص دلالاته بما إذا كان من جنسه فإذا قال: " فى الغنم السائمة الزكاة"^(١)، فهل نفى تزكاة عن المعلوفة مطلقاً سواء كانت من الإبل أو البقر أو الغنم أو هو مختص بالمعلوفة من الغنم، وفي ذلك وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

(١) تقدم تخريجه.

الاسفرائينى، والشيخ أبو إسحاق الشيرازى ومسلم الرازى وابن السمعانى والفخر الرازى، قال الشيخ أبو حامد : والصحيح تخصيصه بالنفى عن معلوفة الغنم فقط، قلت : هو الصواب.

الموضع الثالث:

هل المفهوم المذكور يرتقى إلى أن يكون دليلاً قاطعاً أو لا يرتقى إلى ذلك ؟ قال إمام الحرمين الجوينى: إنه يكون قاطعاً، وقيل : لا .

الموضع الرابع:

إذا دل الدليل على إخراج صورة من ضرور المفهوم ، فهل يسقط المفهوم بالكلية أو يتمسك به فى البقية، وهذا يمشى على الخلاف فى حجية العموم إذ خص .

الموضع الخامس:

هل يجب العمل به قبل البحث عما يوافقه أو يخالفه من منطوق أو مفهوم آخر، فقيل: حكمه حكم العمل بالعام قبل البحث عن المخصص، وحكى للقال الشاشى فى ذلك وجهين^(١).

هذا وقد اكتفينا فى هذه المواضع بما ورد عن الإمام الشوكانى، وذلك لما تمليه طبيعة البحث الذى نحن بصدده، حيث إن المجال لا يتسع للإطناب فيها.

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

المسألة الثالثة

شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الجمهور

من قال بحجية مفهوم المخالفة لم يقرر هذا على الإطلاق، وإنما اشترط لصحة الاحتجاج به توافر شروط معينة بعضها راجع للمسكوت عنه، وبعضها راجع للمذكور — أى المنطوق به.

أولاً: ما يرجع للمسكوت عنه من شروط وهي كالاتي:

١- ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم من المذكور أو مساواته له فى الحكم، إذ لو ظهرت فيه أولوية أو مساواة، لكان حينئذ مفهوم موافقة^(١) كتحريم الضرب أو اللشم أو الحبس الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾^(٢)، والحكم هنا ثابت بدلالة النص، وكتحريم إحراق مال اليتيم الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾^(٣) فإن الحكم هنا ثابت بالقياس.

٢- أن لا يعود العمل به على الأصل — الذى هو المنطوق — بالإبطال^(٤) كحديث " لا تبع ما ليس عندك"^(٥) لا يقال مفهومه صحة

(١) ينظر: فوائح الرحموت — ج١ ص ٤١٤، شرح العضد على مختصر المنتهى — ج٢ ص ١٧٤.

(٢) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [١٠].

(٤) ينظر: للمع — ص ٢٦.

بيع الغائب إذا كان عنده، إذ لو صح فيه لصح في المذكور، وهو الغائب الذى ليس عنده؛ لأن المعنى فى الأمرين واحد، ولم يفرق الإمام أحمد بينهما.

ثانياً: ما يرجع إلى المذكور — أى المنطوق به — من شروط:
وهى كلاتى:

١- ألا يكون المذكور قد قصد به الامتتان — أى لا يكون المنطوق قد ذكر لزيادة امتتان على المسكوت عنه، — نحو قوله تعالى: ﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً ﴾ ^(١)، فهذا الوصف وهو " طريا " قصد به الامتتان، فلا يدل على منع القيد من لحم ما يؤكل مما يخرج من البحر كغيره ^(٢).

٢- أن لا يكون المنطوق قد خرج لبيان حكم حادثة اقتضت بيان الحكم فى المذكور كما روى أن النبى ﷺ مر بشاة لميمونة فقال: " دباغها طهورها " ^(٣)، ^(٤) ومن هذا أيضاً قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا الربا أضعافاً

(١) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن حكيم ابن حزم مرفوعاً، ينظر: بئذ للمجهود ج ١٥ ص ١٧٨، وسنن للنسائى ج ٧ ص ٢٥٤، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣ ومشرح السنة للبغوى ج ٨ ص ١٤٠.

(٢) سورة النحل من الآية: [١٤].

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير — ج ٣ ص ٤٩٣.

(٤) ينظر: تيسير التحرير — ج ١ ص ٩٩، والمطلى على جمع الجوامع وحاشية البناتى عليه — ج ١ ص ٢٤٦، ونشر البند — ج ١ ص ٩٩، ومنهاج العقول — ج ١ ص ٣١٦، والآيات المبينات ج ١ ص ٢٤، وإرشاد الفحول ص ٣٠٥.

مضاعفة ﴿^(٢)﴾، إذ لا مفهوم للأضعاف؛ لأنه جاء على النهي عما كانوا يتعاطونه بسبب الآجال، حيث كان الواحد منهم إذا حل دينه يقول للمدين إما أن تعطى وإما أن تربى، فيتضاعف بذلك أصل دينه مراراً كثيرة، فنزلت الآية لذلك.

٣- أن لا يكون المنطوق قد ذكر لتقدير جهل المخاطب به دون جهله بالمسكوت عنه، بأن يكون المخاطب يعلم حكم المعلوفة ويجهل حكم المسائمة، فيذكر له، كما لو قيل بحضرة النبي ﷺ "لزيد غنم سائمة" فقال: فى المسائمة الزكاة، إذ القصد الحكم على تلك الحادثة لا النفس عما عداها.

٤- أن لا يكون المذكور قد خرج مخرج الغالب، فإن كان كذلك فلا يعتبر مفهومه نحو قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ^(٣) فإن تقييد تحريم الربيبة بكونها فى

(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي ومسلم - ينظر: مسند أحمد - ج ٤ ص ٣٢٩، ٣٣٤،
وسنن أبي داود - ج ٢ ص ٣٨٧، وسنن الترمذي ج ٧ ص ١٥٤، وصحيح مسلم بشرح النووي
ج ٤ ص ٥٣.

(٢) سورة آل عمران من الآية: [١٣٠]

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

حجره - لكونه الغالب - لا يدل على حل الربيبة التمسى ليس فى حجره عند جماهير العلماء^(١).

٥- أن لا يكون المنطوق قد خرج مخرج تفخيم، كحديث: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"^(٢)،^(٣) فقيد الإيمان للتفخيم فى الحد، وأن هذا لا يليق بمن كان مؤمناً.

٦- ألا يعارض ما هو أرجح منه، فإن عارضه دليل أقوى منه عمل به وترك كقوله تعالى: ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا ﴾^(٤) فهذه الآية قيدت قصر الصلاة بحالة الخوف ودلت بمفهوم المخالفة على عدم قصر الصلاة فى حالة الأمن إلا أن هذا المفهوم عورض بمنطوق يبين الرخصة عامة فى الأمن والخوف، ويدل على ذلك ما جاء أن يعلى بن أمية توقف فى هذه الآية، فسأل عمر رضي الله عنه قائلاً له كيف نقصر فى حالة الأمن، والله تعالى

(١) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي - ج ١ ص ٣٧٨، وفتح القدير للشوكاني - ج ١ ص ٤٤٥، والبرهان - ج ١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ج ١ ص ٩٩، وفوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤.

(٢) ينظر: فوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤.

(٣) أخرجه: البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ عن أم حبيبة - رضى الله عنها - مرفوعاً - ينظر: صحيح البخارى - ج ٧ ص ٧٦، صحيح مسلم - ج ٢ ص ١١٢٤، وبذل للمجهود - ج ١١ ص ٥٩، وعارضة الأموى - ج ٥ ص ١٧٢، والموطأ ج ٢ - ص ٥٩٧، ومسند النسائى - ج ٦ ص ١٦٧.

(٤) سورة النساء من الآية: [١٠١].

يقول : ﴿ وإذا ضربتم في الأرض ﴾ ، فقال عمر له : والله لقد عجبت مما عجبت منه فسألت : رسول الله ﷺ فقال : " صدقة تصدق الله بها عليكم ، فاقبلوا صدقته ^(١) ، ولا شك أن المنطوق أقوى من المفهوم فيقدم عليه ويكون حكم القصر في حالة عدم الخوف ثابتاً بالمنطوق لا بالمفهوم .

٧- ألا يكون المنطوق ذكر لرفع خوف ونحوه عن المخاطب ، كقولك لمن يخاف من ترك الصلاة الموسعة " تركها في أول الوقت جائز " ليس مفهومه عدم الجواز في باقى الوقت ، وهكذا إلى أن يتضابق الوقت ^(٢) .

هذا ما وقفنا عليه من شروط العمل بمفهوم المخالفة عند القائلين به ، ونرى أن الضابط لهذه الشروط وما فى معناها أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفى الحكم عن المسكوت عنه .

(١) رواه الإمام مسلم والترمذى والنسائى وأبو داود — ينظر : صحيح مسلم — كتاب صلاة المصليين — حديث رقم ٦٨٦ ، وسنن الترمذى — كتاب تفسير القرآن — حديث رقم ٣٠٣٤ ، وسنن النسائى — كتاب قصر الصلاة فى السفر — حديث رقم ١٤٣٣ ، وسنن أبى داود — كتاب الصلاة حديث رقم ١١٩٩ .

(٢) ينظر : تفسير التحرير — ج ١ ص ٩٩ ، والآيات البيّنات — ج ٢ ص ٢٣ ، والمطلى على جمع الجوامع وحاشية البنائى عليه — ج ١ ص ٢٤٥ ، ونشر البنود — ج ١ ص ٩٨ .

المسألة الرابعة

أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة

يظهر أثر اختلاف الفقهاء في العمل بمفهوم المخالفة في بعض الفروع الفقهية والتي منها ما يأتي:

وجوب النفقة للباتن غير الحامل:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم وجوب النفقة لغير الحامل عملاً بمفهوم المخالفة في قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن﴾ (١).

فإن هذا النص قد دل بمنطوقه على وجوب النفقة للحامل، حيث جاء الإنفاق مشروط بكون المرأة حاملاً، فإذا انتفى هذا الشرط ثبت نقيض هذا الحكم، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

وذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للمطلقة ثلاثاً سواء أكانت حاملاً أو غير حامل غير آخذين بمفهوم للمخالفة (٢).

(١) سورة الطلاق من الآية: [٦].

(٢) ينظر: تيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠، وروضة الناظر - ٢٧٣، والتمهيد للأسنوي - ص ٢٤٨، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠، وشرح المضد - ج ٢ ص ١٨.

إجبار الأب ابنته البكر البالغة على الزواج:

حيث ذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد في روايته إلى أن للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج عملاً بمفهوم المخالفة في الحديث، وهو قوله ﷺ: "النَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا"^(١).

وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج، ولم يأخذ بمفهوم المخالفة لعدم حجتيه عنده.

٣- جواز نكاح الأمة عند عدم طول^(٢) الحرية:

قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٣).

تدل بمنطوقها على جواز نكاح الأمة عند عدم المقدرة على طول الحرية، لكن هل تدل على المنع من نكاح الأمة مع المقدرة على طول الحرية؟

ذهب الأحناف إلى جواز ذلك؛ لأنهم لم يأخذوا بمفهوم المخالفة^(٤).

(١) أخرجه الإمام مسلم والنسائي ومالك عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعاً - ينظر:

: صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٣٧، سنن النسائي ج ٦ ص ٧٠، والموطأ - ج ٤ ص ٥٢٤.

(٢) الطول : عدم ملك الزيادة في المال الذي به يملك نكاح الحرية، فهو الفضل والغنى، ينظر :

لمسان العرب ج ٤ ص ٢٧٢٨.

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

(٤) ينظر: الهداية - ج ١ ص ١٩٤، وبدائع الصنائع - ج ٥ ص ١٦٤.

(٢) هل الزنا يوجب حرمة المصاهرة؟

الزنا يوجب حرمة المصاهرة عند الأحناف ومن تبعهم، وعند الشافعي لا يوجبها؛ لأن حرمة الرابية بوصف أنها من نسائنا في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُم﴾^(١)،^(٢).

(٣) المرأة إذا ابتغت من كلمات اللعان ، هل تحد؟

ذهب الحنفية إلى أن المرأة لو ابتغت من كلمات اللعان لا تحد، وذلك لعدم الأخذ بمفهوم المخالفة، وذهب الشافعي إلى أنها تحد^(٣)؛ لأن درء الحد عنها مقيد بها في قوله تعالى : ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾^(٤).

المسألة الخامسة

أقسام مفهوم المخالفة

قال الأمدى: ينقسم مفهوم المخالفة عند القائلين به إلى عشرة أصناف متفاوتة في القوة والضعف^(٥)، وكذلك ورد عن الإمام الشوكاني مثل ما ورد عن الأمدى^(٦).

(١) سورة النساء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع — ج ٢ ص ٢٦٠، فتح القدير ج ٢ ص ٣٦٥، والمغنى مع الشرح الكبير — ج ٦ ص ٥٧٧، والشرح الكبير — ج ٢ ص ٣٤٧، ومغنى المحتاج — ج ٣ ص ١٧٥، والأم — ج ٥ ص ٢١٩.

(٣) ينظر: شرح الهداية — ج ٤ ص ٨٢٨.

(٤) سورة النور من الآية : [٨].

(٥) ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٣ ص ٦٦.

(٦) ينظر: إرشاد الفحول ص ٣٠٦.

ونقول : إن أقسام مفهوم المخالفة باستقراء ما ورد عن الأصوليين كالآتي:

مفهوم اللقب

مفهوم الصفة.

مفهوم الشرط

مفهوم العدد.

مفهوم الغاية.

مفهوم الحصر.

مفهوم الاستثناء.

مفهوم ظرف المكان.

مفهوم ظرف الزمان.

مفهوم للحال^(١).

هذا وسوف نقصر على بيان أهم وأشهر هذه الأقسام عند الأصوليين، وهي الخمسة الأول؛ لأن الأقسام الأخرى قد تتداخل فيها، ولهذا نجد أن الإمام الشوكاني يقول في مفهوم الحال - وهو تقييد

(١) ينظر : إرشاد الفحول - ص ٣٠٦.

الخطاب بالحال — وقد عرفت أنه من جملة مفاهيم الصفة المعنوية لا النعت، وإنما أفردناه بالذكر تكميلاً للفائدة^(١) أ.هـ.

المسألة السادسة

مفهوم اللقب

ليس المراد باللقب خصوص ما اصطلاح عليه النحويون، وهو ما اشعر بمدح أو ذم ولم يصدر بأب أو أم، وإنما المراد باللقب عند الأصوليين هو : كل ما يدل على الذات سواء أكان علماً أو كنية أو لقباً، فالعلم كـ "زيد" ، والكنية كـ "أبي زيد" واللقب كـ "أنف الناقة".

أما عن تعريف مفهوم اللقب اصطلاحاً:

فهو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بالذات على ثبوت نقيض الحكم لغير هذه الذات.

حجية مفهوم اللقب:

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين علماء الأصول فى تعليق الحكم بما يدل على الذات يدل على ثبوت الحكم لتلك الذات، فلو قلت مثلاً: "أحمد عالم" فإن تعليق العلم بأحمد يدل على ثبوت العلم لأحمد.

وإنما الخلاف بينهم فى التقييد بالذات على نفي الحكم عن غير هذه الذات فلو قلت مثلاً : "مصطفى عالم" فهل تعلق العلم بمصطفى

(١) ينظر: المرجع السابق ص ٢٠٩.

يدل على نفى العلم عما عداه كأحمد ويكر؟ كما دل ثبوته لمصطفى —
وهو ما يسمى بحجية مفهوم اللقب — أم لا يدل؟

نقول : اختلف الأصوليون في حجية مفهوم اللقب على قولين:

القول الأول: هو أن مفهوم اللقب يعتبر حجة — أى أن تعليق الحكم بما
يدل على الذات يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، كما يدل
على ثبوته للذات، وهذا قول الإمام مالك وأحمد ودาวود — رضى
الله عنهم — وأبى بكر الصيرفى والنفاق — وهما من الشافعية —
وابن خويز منذاد من المالكية وبعض الحنابلة^(١).

(١) ينظر: للبرهان — ج: ٤٥٣، والإحكام للامدى — ج ٣ ص ٨٩، وشرح تنقيح الفصول
من ٢٧١، وشرح اللغز — ج ٢ ص ١٨٧، ونهية السؤل — ج ١ ص ٣١٨، وإرشاد الفحول
— ص ٣٠٨.

القول الثاني:

هو أن مفهوم اللقب ليس بحجة — أى أن تعلق الحكم بما يدل على الذات لا يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، وإنما يدل على ثبوته للذات فقط، وهو قول جمهور العلماء، كما اختاره الأمدى والبيضاوى^(١)، وقال ابن التلمسانى: لم يقل به أحد من العلماء إلا الدقاق وبعض الحنابلة^(٢).

الإلمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

بأنه لو لم يكن تعليق الحكم بالذات دالا على نفى الحكم عما عدا الذات لما ثبت الحد على المتخاصمين، إذا قال للآخر: إن أمى ليست بزانية؛ لأنه نفى الزنا عن أمه فقط، ونفى الزنا عن أمه لا يوجب حدا عليه اتفاقا، لكن قائل هذا القول يحد حد القذف، لكونه نفى الزنا عن أمه واثبته لأم ذلك الغير، وهذا قذف بالزنا وهو موجب للحد^(٣)، ولا شك أن ثبوت الزنا لأم الغير إنما جاء من جهة أن اللفظ دال على نفى الزنا عن

(١) ينظر: العدة لأبى يعلى — ج ٢ ص ٤٧٥، ونشر البنود ج ١ ص ١٠٣، وفوائح الرحموت ج ١ ص ٤٣٢، والمستصطفى — ج ٢ ص ٢٠٤، ومنهاج العقول — ج ١ ص ٣١٤، وتيسير التحرير ج ١ ص ١٠١.

(٢) ينظر: مفتاح الوصول ص ٩٧.

(٣) وهذا ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد — ينظر: الإحكام للأمدى — ج ٢ ص ٩١.

أم القائل، وأثبتته لأمر غيره، فيكون تعليق الحكم بما يدل على الذات دالا على نفي الحكم عما عدا تلك الذات وهو المطلوب.

ونوقش هذا:

بأن ذلك إنما فهم منه بقرينة حاله لا من دلالة مقالته، وتوضيح ذلك أن الحد إنما يثبت بهذا القول — أي قول القائل أمي ليست بزانية — لوجود الخصومة بينهما، فتكون الخصومة قرينة على أن القائل قد قصد بقوله هذا التعريض بالغير وإحاقا الزنا بأمه، ولو انتفتت الخصومة بين الشخصين لم يثبت الحد بهذا القول أبدا، وبذلك ظهر أن اللفظ لم يدل باعتبار ذاته على نفي الحكم عن غير الذات، وإلا لثبت الحد مطلقا وجدت بينهما خصومة أم لم توجد، ولم يقل بذلك أحد.

وعلى هذا فقد بطل دليل الخصم، وإذا بطل الدليل بطل المدعى؛ لأنها صارت دعوى بلا دليل فلا تصح.

أدلة أصحاب القول الثاني:

بأن لو كان مفهوم اللقب حجة، وأن تعليق الحكم على اللقب يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء اللقب، للزم الكفر والكذب في قول القائل: محمد رسول الله، أو على موجود، فإنه يلزم بمفهوم اللقب أن غير محمد — ﷺ — ليس برسول؛ لأنه يثبت الرسالة لمحمد وينفيها عن غيره، وهو كذب، وأن غير على ليس بموجود وهو أيضا كفر^(١) — لوجود الباري

(١) ينظر: التمهيد للأسنوي — ص ٢٦١.

سبحانه وتعالى — لكن القاتل محمد رسول الله وعلى موجود لا يكون كاذبا ولا كافرا انتفاقا، وعليه فلا يكون مفهوم اللقب حجة، ولا يدل تعلق الحكم على اللقب على نفى الحكم عند انتفاء هذا اللقب، وهو المدعى والمطلوب.

الرأى الرابع:

نرى رجحان مذهب الجمهور وذلك لقوه ما استندوا إليه من أدلة، ولردهم على أدلة أصحاب القول الأول، كما جعل دعواهم بلا دليل، وهى لا تصح.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم اللقب فى بعض الفروع الفقهية الآتية:

إذا كان للمرأة أكثر من ولى فأننت لأوليائها فى التزويج، وكان أولياؤها فى درجة واحدة، ثم خصصت واحدا منهم بالإذن فهل يصح الإذن ويجوز لكل واحد منهم أن يزوج؟

فعلى الخلاف المذكور، نقول من ذهب إلى أن مفهوم اللقب حجة قال: بأنه ليس لكل واحد من الأولياء تزويجها — بل يصح ذلك ممن خصته بالإذن؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، وأن تخصيصه بالإذن يدل على نفى الحكم هنا عداه.

ومن قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال: لكل واحد من الأولياء أن يزوج حيث إن تخصيص البعض منهم لا يدل على نفى الإذن عما عداه، وهذا أظهر المذاهب كما قاله للرافعي؛ لأن الرضى بالتزويج محمول على الصحيح، وصحة ذلك هنا مستلزمة للإذن لكل واحد^(١).

٢- إذا قال الدائن لمدينه ابرأتك في الدنيا دون الآخرة فهل هو برئ فيهما؟

من قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال هو برئ فيهما؛ لأن تعليق الحكم وهو البراءة وتخصيصها بكونها في الدنيا لا يدل على نفى الحكم عما عداه وهو حصول البراءة في الآخرة، ولأن البراءة في الآخرة تابعة للبراءة في الدنيا ويلزم من وجود الملزوم وجود اللازم^(٢).

ومن قال بأن مفهوم اللقب حجة، قال هو برئ في الدنيا دون الآخرة؛ لأن تخصيص الحكم وهو البراءة بالدنيا يدل على نفيه عما عداه، وهو حصول براءة الآخرة.

(١) ينظر: التمهيد للإسنوى - ص ٢٤٢.

(٢) ينظر: المرجع السابق - ص ٢٤٣.

المسألة السابعة

مفهوم الصفة

تعريفه:

هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بصفة على نفى الحكم عما لم توجد فيه هذه الصفة، أو هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على تقييد الحكمه للمسكوت عنه الذى انتفت عنه هذه الصفة.

والمراد بالصفة عند الأصوليين: تقييد لفظ مشترك للمعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانية ليس بشرط ولا غاية، ولا يريدون به النعت النحوى فقط^(١).

حجته:

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين العلماء فى أنه إذا قيد الحكم بصفة من صفات الذات فإنه يدل على ثبوت الحكم للذات عند وجود تلك الصفة، أما إذا انتفت هذه للصفة، فهل يدل لللفظ على نفى الحكم عن الذات عند انتفاء الصفة، أم لا يدل على ذلك، ويكون نفى الحكم عند انتفاء الصفة مستفادا من النفى الأصلى والبراءة الأصلية فمثلا قوله ﷺ:

(١) ينظر: نهاية السؤل - ج ١ ص ٣١٤، واللمع للشيرازى - ص ٢٥، وشرح الكوكب المنير -

من باع نخلا مؤبراً، فثمرتها للبائع^(١)، فقد قيد الحكم فيه وهو عودة ثمر النخل المباعه للبائع بصفة، وهى كونها مؤبرة، وهذا يدل على وجوب دفع ثمرة النخل المؤبرة للبائع بإتفاق العلماء عملاً بمنطوق الحديث، أما غير المؤبرة فهل يجب دفع ثمرها للبائع أيضاً كما وجبت فى المؤبرة؟ أم لا يجب دفعها إليه عملاً بالمفهوم المخالف للصفة التى قيد الحكم بها فى الحديث؟ هذا هو محل النزاع وبيانه فيما يأتى:

حجية مفهوم الصفة:

اختلف علماء الأصول فى حجية مفهوم الصفة على قولين:

القول الأول: أن مفهوم الصفة حجة، وعليه، فتعلق الحكم على الوصف يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الوصف. وهذا هو مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى وجمهور أصحابه، ومالك وأحمد والأشعرى وكثير من الفقهاء والمتكلمين^(٢).

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى، وابن ماجه ومالك وأحمد فى مسنده عن ابن عمر ع - مرفوعاً - ، ينظر: صحيح البخارى - ج ٣ ص ٢٤٧ ، وصحيح مسلم ج ٣ ص ١١٧٣ ، وبذل المجهود ، ج ١٥ ص ١٠٠ ، وسنن الترمذى ج ٧ ص ٢٦١ ، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٦ ، والموطأ ج ٢ ص ٦١٧ ، ومسند أحمد ج ٢ ص ٢٢ ، ٦٣ .

(٢) ينظر: إرشاد القحول - ص ٣٠٦ ، ونهيةamol - ج ١ ص ٣١٩ ، والمسودة ص ٣٥١ ، وروضة الناظر ص ٢٧٤ ، والإحكام للأمدى - ج ٢ ص ٨١ ، والتمهيد للإسنوى - ص ٢٤٥ ، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠ ، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ١٧٥ ، وتيسير التحرير - ج ١ ص ١٠٠ .

القول الثاني :

إن مفهوم الصفة ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم على الوصف لا يدل على انتفاءه عند انتفاء هذا الوصف، وهذا هو مذهب الإمام أبو حنيفة والقاضي الباقلاني، وابن شريح والفعال الشاشي، وجمهور المعتزلة والغزالي واختاره الأمدى^(١).

الأئمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

قالوا إن تخصيص الوصف بالذكر كتأثير في قوله ﷺ : " من باع نخلا مؤبدا فثمرتها للبائع" دون غيره من الأوصاف، لا بد وأن يكون له فائدة؛ لأنه إذا لم يكن له فائدة كان ذكره عبثا وترجيحا بلا مرجح وهو باطل، وقد بحثنا عن هذه الفائدة فلم نجد إلا نفى الحكم عن الذات عند انتفاء هذا الوصف؛ لأن فرض المسألة: أن الوصف لم يظهر له فائدة إلا نفى الحكم عند انتفاء الوصف، فوجب أن يكون لللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة منعا من اللغو، وصونا للكلام عن العبث^(٢)، وهو المطلوب.

(١) ينظر : المحصول - ج ١ - ص ٢٠٤، والمتصفي - ج ٢ - ص ٧٠، وكشف الأسمار

على أصول اليزيدى - ج ٢ - ص ٢٥٦.

(٢) ينظر : الإحكام للأمدى - ج ٣ - ص ٦٨ وما بعدها.

ونناقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بمفهوم اللقب إذ يقال فيه: إن تخصيص الذات بالحكم لا فائدة له إلا نفى الحكم عن غير هذه الذات، فوجب أن يكون اللفظ دالا على ذلك، وإلا كان ذكره عبثا ولغوا، فيكون مفهوم اللقب حجة مع إنكم لم تقولوا بحجيته.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم عدم الفرق بين مفهوم الصفة ومفهوم اللقب؛ لأن مفهوم الصفة ليس فيه لتخصيص الوصف بالذكر فائدة أخرى سوى انتقاء الحكم عند انتقاء الصفة، بخلاف مفهوم اللقب، فإن لتخصيصه بالذكر فائدة أخرى، هي تصحيح الكلام وتقويته؛ لأن الكلام من غير ذكر اللقب يختل ولا يفيد، فيثبت الفرق بينهما، وعليه فيبطل اعتراضكم ويثبت مدعانا لثبوت دليله وسلامته من الاعتراض.

واستدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

لو كان تعلق الحكم على الصفة يدل على انتقاء الحكم عند انتقاء الصفة لدل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ ^(١)، على جواز القتل عند انتقاء خشية الإملاق، وهو الفقر، وذلك بالغنى وذهاب الخوف من الفقر، مع أن الحكم ليس كذلك، فإن تحريم قتل الأولاد ثابت في جميع الأوقات فقتل الأولاد حرام، حالتي

(١) سورة الإسراء من الآية: [٣١].

الفقر والغنى، وإذا تخلف الحكم فى بعض صورته - كما هنا - فإن الآية لا تكون دليلاً على ذلك، فلا يكون لللفظ دالاً على نفي الحكم عند انتفاء الصفة وهو ما ندعيه ونثبتته.

ولأجيب عن هذا بما يأتى:

١- بأن هذه الآية ليست فى محل النزاع؛ لأن النزاع فيما إذا لم يظهر للتخصيص بالوصف فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، وهنا قد ظهر فى الآية التى ذكرتموها فائدة أخرى للتخصيص هى بيان أن الغالب وللدائم عند العرب أنهم كانوا يقتلون أولادهم خشية الفقر، فتخصيص الوصف بالتكر هنا خرج مخرج الغالب لعادتهم ذلك والوصف إذا خرج مخرج الغالب فلا يحجج به بمفهوم المخالفة^(١).

٢- أن حرمة قتل الأولاد حالة الغنى ليست ثابتة بمفهوم المخالفة كما تقولون، بل هى ثابتة بمفهوم الموافقة وفحوى الخطاب؛ لأنه إذا لم يجز قتل الأولاد فى حالة الفقر والحاجة التى هو مظنة الإباحة، فلأن يكون قتلهم فى وقت الغنى وللميسرة غير جائز من باب أولى، وعليه فالآية ليست من مفهوم المخالفة، فيبطل قولكم بعدم حجية مفهوم الصفة لبطلان دليله، ويثبت مدعانا، وهو حجية مفهوم الصفة وهو المطلوب والمدعى.

(١) ينظر: فوائح الرحموت - ج ١ ص ٤١٤، والبرهان - ج ١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير - ج ١ ص ٩٨٩، ومنهاج العقول - ج ١ ص ٣١٥.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط:

تعريفه: هو دلالة اللفظ للدال على حكم مطلق بشرط على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا الشرط، أو هو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بشرط على ثبوت نقيض ذلك الحكم عند انتفاء الشرط.

والمراد بالشرط: الأدوات المخصوصة التى اعتبرها النحاة دالة على الشرطية مثل: إن وإذا وغيرهما، من أدوات الشرط المعروفة، وعليه يكون المراد بالشرط " الشرط اللغوى " لا الشرط الذى هو قسيم السبب والمانع.

مثاله: قوله تعالى: " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن " (١).

حجيته:

اتفق العلماء على ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط، فيجب الإنفاق على المطلقة فى الآية السابقة عند وجود الحمل عملاً بدلالة المنطوق، كما اتفقوا على أن المشروط ينعدم عند انعدام الشرط فلا يجب الإنفاق على المطلقة عند عدم الحمل.

ولكن اختلفوا فى دلالة أداة الشرط وهى " إن " فى الآية على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط. هذا هو محل النزاع بين العلماء.

حجية مفهوم الشرط:

اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم الشرط على قولين:

(١) سورة الطلاق من الآية : [٦].

القول الأول:

هو أن مفهوم للشرط حجة، فأدوات الشرط تسدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط، وعليه فتعلق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعي، وإمام الحرمين والرازي والكرخي والحسن البصري، واختاره الإمام البيضاوي وابن سريج والهراسي من أصحاب الشافعي^(١).

القول الثاني:

هو أن مفهوم الشرط ليس بحجة فأدوات الشرط لا تدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وعليه فتعلق الحكم على شرط لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وإنما انتفاء الحكم يعلم من البراءة الأصلية، وهو مذهب الحنفية والقاضي أبي بكر الباقلاني، والغزالي، والإمام مالك كما اختاره الأمدى وأبو عبد الله البصري^(٢).

ومحل الخلاف بين الطرفين، إذا لم يظهر للتقييد بالشرط فائدة أخرى غير نفى الحكم عند انتفاء الشرط، وإلا لو ظهر للشرط فائدة أخرى، فإن الأداة لا تدل إلى انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط باتفاق^(٣).

(١) ينظر: التمهيد للأمنوي - ص ٤٢٥، والمستصفي - ج ٢ ص ٢٠٥، ونهاية السؤل - ج ١

ص ٣٢٢، والمطلى على جمع الجولمع وحاشية البناني عليه - ج ٢ ص ٢٥١، وشرح العضد

- ج ٢ ص ١٨٠، وشرح تنقيح الفصول - ص ٢٧٠، والمعتمد ج ١ ص ١٥٢.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح - ج ١ ص ١٤٥، والإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨٣، وفواتح

الرحموت - ج ١ ص ٤٢١، والمسودة ص ٣٥٧.

(٣) ينظر: التمهيد للأمنوي - ص ٢٤٨.

الأحكمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

أولاً: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتَكِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا ﴾ (١).

وجه الدلالة:

أن يعلى بن أمية قد فهم من تعليق القصر على الخوف بناء على الشرط في قوله: " إِنْ خِفْتُمْ " أن القصر غير مشروع عند عدم الخوف حتى سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: ما بالنا نقصر وقد أمانا الله وقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ﴾ الآية ، وأقره عمر على ذلك فقال: عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: " صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته " (٢).

ففهم عمر ويعلى بن أمية عدم جواز القصر حالة عدم الخوف، وإقرار النبي ﷺ ما فهمها دليل على تعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الشرط، ولولا أن الأمر كذلك لما تبادر إليهما هذا الفهم، ولما تعجبا من جواز القصر حالة الأمن، ولما أقر رسول الله ﷺ عمر على تعجبه، وجعل للقصر جارياً مجرى الرخصة، فهو صدقة تصدق الله بها على المسلمين، ولو كان الأمر خلاف ذلك لبينه النبي ﷺ

(١) سورة النساء من الآية: [١٠١].

(٢) تقدم تخريجه.

وقال: إن الآية ليست كما فهمها، وأن الوجهة السليمة غير الذي دعاها إلى التعجب لكنه لم يبين ذلك، فعلمنا أن القصر يحقق عند الخوف، فإذا انتفى الخوف انتفى القصر، فيكون مفهوم الشرط حجة وهو المطلوب.

وأجيب عن هذا:

بأنه فهم سيدنا عمر ويعلى عدم جواز القصر في حالة الأمر. يحتمل أن يكون مبعثه أن الأصل في الصلاة الإتمام وعدم القصر، فلم يرد القصر في حالة الخوف بدليل قوله تعالى: "فليس عليكم جناح" الآية، بقي ما عدا هذه الحالة على حكم الأصل، وهو الإتمام ولا يجوز العدول عنه إلا بدليل، فلما لم يجدوا الدليل الذي يدل على العدول عن الأصل وهو الإتمام إلى خلاف الأصل وهو القصر في حالة الأمن تعجبا، وحيث كان هذا الاحتمال قائما لم يتعين أن يكونا قد فهمنا من تعلق الحكم على الشرط الدلالة على نفي الحكم، وهو القصر عند انتفاء الشرط وهو الخوف، وإنما نفى القصر يستفاد من الأصل وهو الإتمام، فلم تسدل الآية على حجيته مفهوم الشرط وهو المطلوب.

ثانيا: قالوا لو لم يدل انتفاء الشرط على انتفاء المشروط لما كان الشرط شرطا لكنه شرط فثبتت دعوانا على حجية مفهوم الشرط^(١).

نوقش هذا:

(١) ينظر: الإحكام للامدني - ج ٢ ص ٨٥.

أن انتفاء الحكم وهو المشروط بانتفاء الشرط لتوقف المشروط عليه، إنما هو الشرط العقلي أو الشرعي؛ لأنه هو الواقع في الخارج، أما الشرط اللغوي: وهو أن وإذا فلا دلالة له على انتفاء المشروط، وهو انتفاء الحكم، ودعواكم في الشرط اللغوي لا الشرعي فلا تتعين " إن " للشرط لجواز استعمالها في السببية بل إن هذا الاستعمال هو الغالب.

أجيب عن ذلك:

بأن استعمال " إن " في السببية لا يخرجها عن الأصل وهي إنها شرط لغة، ولا ينفي دلالتها على عدم الحكم؛ لأن ارتباط المسبب بالسبب أقوى من ارتباط الشرط بالمشروط، فانتفاء السبب يدل على انتفاء المسبب هذا إذا كان السبب متحدا، أما لو تعدد السبب فانتفاء السببية مطلقا، أي جميع الأسباب يدل على انتفاء المسبب.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني للقاتلون بعدم حجية مفهوم الشرط فقالوا: لو كانت أداة الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط لكان قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْرَهُوا قِتْلَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾^(١) دالا على جواز الإكراه على البغاء إن لم يردن التحصن وهو انتفاء الشرط؛ لأن حرمة الإكراه معلقة على إرادة التحصن، فإذا انتفت إرادة التحصن التي هي شرط، انتفت الحرمة عملا بمفهوم الشرط،

(١) سورة التوبة من الآية: [٣٢].

وحرمة الإكراه ثابتة بالإجماع سواء أردن التحصن أو لم يردن، ففي جميع الأحوال الإكراه محرم.

الرأي الرابع:

هو القائل بأن مفهوم للشرط حجة، وهو رأى جمهور العلماء وذلك لبطلان أدلة النافين لمفهوم الشرط.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكاني معزياً إلى إمام الحرمين ففى الرد على المانعين حيث قال: كل ما جاعوا به لا تقوم به الحجة، والأخذ به معلوم من لغة العرب والشرع فإن من قال لغيره: إن أكرمته أكرمته، ومتى أتيتني أعطيتك، ونحو ذلك فهم منه أنه لا يستحق الإكرام والإعطاء عند عدم إكرامه المتكلم ومجيئه إليه وذلك مما ينبغي أن لا يقع فيه خلاف بين كل من يفهم لغة العرب، وإنكار ذلك مكابرة، وأحسن ما يقال لمن أنكره، عليك بتعلم لغة العرب، فإن إنكارك لهذا يدل على أنك لا تعرفها^(١).

المسألة التاسعة

مفهوم العدد

تعريفه هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بعدد معين على نفى الحكم عم عداه زائداً كان أو ناقصاً أو هو ثبوت نقيض الحكم المقيد بعدد عند عدم توافر هذا العدد^(٢).

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٧ — ٣٠٨.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٣٠٨.

حجته:

أولاً: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أنه إذا ورد حكم مخصص بعدد ومقيد به كقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾^(٢). فإنه يدل على ثبوت الحكم لذلك العدد، وكذلك إذا وجدت قرينة أو دليل على حكم معين فإن ما زاد أو نقص عن العدد المخصوص المقيد به الحكم، فإنه يعمل بالدليل أو القرينة.

لكن الخلاف بينهم: فيما إذا لم تكن هناك قرينة تدل على حكم الزائد أو الناقص فهل يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً أو لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن مفهوم العدد حجة، وعليه فتعلق الحكم بعدد معين يدل على نفيه عن غير هذا العدد زائداً كان أو ناقصاً، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الشافعي، وأحمد بن حنبل، ومالك، ودาวود الظاهري، وصاحب الهداية من الحنفية^(٣).

(١) سورة النور من الآية: [٢].

(٢) سورة التوبة من الآية: [٨٠].

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨٨، وشرح العبد - ج ٢ ص ١٨٢، وروضة الناظر - ص ٢٧٤، والتمهيد للأسنوى - ص ٢٥٢، وفواتح الرحموت - ج ١ ص ٤٣٢.

القول الثاني:

هو أن مفهوم العدد ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين لا يدل على نفي الحكم عما انتفى فيه هذا العدد، وهذا مذهب الحنفية والقاضى أبو بكر البلقانى والبيضاوى.

قال الإمام الشوكانى: ومنع العمل بمفهوم العدد من منع العمل بمفهوم الصفة^(١).

الأئمة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

ما روى عن النبى ﷺ أنه عند نزول قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أولا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾^(٢) قال : "خيرنى ربى لأزیدن على السبعين"^(٣).

(١) ينظر: إرشاد الفحول — ص ٢٠٨، والإحكام للأمدى — ج ٣ ص ٨٨، وتيسير التحرير — ج ١ ص ١٠٠، والتمهيد للأمنوى ص ٢٥٣، والمعتمد ص ١٥٧، ونشر البسود — ج ١ ص ١٠١، ونهاية الصول — ج ١ ص ٢٤٠، والإبهاج — ج ١ ص ٢٤١.

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) رواه البخارى والنسائى — ينظر: صحيح البخارى — ج ٦ ص ٨٦، ومسند النسائى — ج ٤ ص ٥٤.

وجه الاستدلال:

أن نفى المغفرة مشروط بالسبعين، وهو عدد معين علق عليه عدم المغفرة فيجوز أن يغفر الله لهم إذا زاد النبي ﷺ في استغفاره على السبعين، وقد فهم النبي ﷺ ذلك بدليل أنه قال: " لأزيدن على السبعين"، وحيث ثبت أن النبي ﷺ قد فهم أن حكم ما زاد على السبعين مخالف لحكم السبعين كان مفهوم العدد حجة وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل بما يأتى:

قال النافون لحجية مفهوم العدد أننا لا نسلم لكم إن ذكر السبعين فى الآية للتحديد، إنما هو للمبالغة والتكثير، فقد استعملت للتكثير فى قوله تعالى: ﴿زرعها سبعون ذراعاً﴾^(١) فقد استعمل العدد فى هذه الآية للتكثير وليس للتحديد، وعلى هذا تكون الآية التى استدلتم بها دليلاً على حجية مفهوم العدد.

وأجيب عن ذلك:

بأن الأصل فى استعمال العدد أن يكون للتحديد وليس للتكثير والمبالغة، من ذلك ما ورد فى القرآن الكريم من آيات ذكر فيها العدد للتحديد مثل آية الزنا والقذف، وأما الآية التى ذكرتموها فى المناقشة، فإنما قد جاء العدد فيها للتكثير والمبالغة بقرينة سياق الآيات السابقة لها، وعلى هذا يكون مفهوم العدد حجة وهو المطلوب^(٢).

أدلة أصحاب القول الثانى القائلين بعدم حجية مفهوم العدد:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى:

بأن الأعداد وإن كانت مختلفة باعتبار حقيقتها إلا أن ذلك لا يوجب اختلافها فى الأحكام؛ لأن اشتراك المختلفات فى حكم واحد غير

(١) سورة الحاقة من الآية : [٣٢].

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير - ج ٣ ص ٥٠٨، والإحكام للأمدى ج ٣ ص ٨٨، ٨٩.

ممتنع، وما دام الأمر كذلك فلا يكون تقييد الحكم بعدد موجبا لنفى الحكم عن غيره من الأعداد الزائدة أو الناقصة حتى يكون اللفظ دالا على ذلك.

الرأى الرابع فى نظرنا:

الذى نراه فى هذه المسألة أن العدد باعتبار ذاته لا يدل على حكم فى العدد الزائد ولا فى العدد الناقص، فلا مفهوم له ولا يكون حجة بهذا الاعتبار، وإنما حجته ودلالته على حكم فى الزائد أو الناقص، إنما يسأتى من القرائن الخارجية، كأن يكون العدد الذى قيد به الحكم علة ذلك الحكم، فإن ذلك يعتبر دليلا على ثبوت الحكم فى هذا العدد المذكور والعدد الزائد، ونفيه عن العدد الناقص.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم العدد فى بعض الفروع

الآتية:

١- إذا قال بع ثوبى بمائة، ولم ينهه عن الزيادة، فباع بأكثر، فعلى رأى من لا يثبت حجية العدد يصح البيع، ومن ذهب إلى القول بحجية العدد قال بعدم صحة البيع.

ونحن نرى رجحان صحة البيع؛ لأن القرائن تقضى بأن البائع من مصلحته للحصول على أعلى سعر فى البيع، فإن أذن لوكيله أن يبيع بمائة ويكون يبيعه صحيحا فمن باب أولى باع بأكثر من مائة.

٢- إذا قال أوصيت لزيد بمائة درهم، ثم قال: أوصيت له بخمسين، فوجهان أشبههما كما قال الرافعي وهو الأصح في الروضة ليس له إلا خمسون، ولا يجمع بينهما كما لو عكس، فقال: أوصيت له بخمسين، ثم أوصى بمائة، فليس له إلا الموصى به أخيراً وهو المائة، والثاني: له مائة وخمسون وتوجيهها كما ذكرناه^(١).

المسألة العاشرة

مفهوم الغاية

تعريفه:

هو دلالة اللفظ أو النص الذي قيد الحكم فيه بأداة الغاية كما إلى وحتى واللام — وعلى نقبض ذلك الحكم بعد هذه الغاية.

مثاله قوله تعالى: ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾^(٢)، وقوله ﷻ: " لا زكاة من مال حتى يحول عليه الحول "^(٣)، فإن إباحة الزوجة المطلقة مقيد بغاية وهو نكاح زوج آخر غير المطلق، وذلك منطوق الآية، ودلت بمفهومها على أن يحرم عليه الزواج بالبائن قبل تزويجها بزوج آخر، فهل يكون مفهوم الغاية " حتى " حجة، فلا تحل

(١) ينظر: المرجع السابق — ٢٥٤، ٢٥٥، والروضة للنووي — ج ٦ ص ٣١٠.

(٢) سورة البقرة: من الآية [٢٣٠].

(٣) أخرجه مالك في الموطأ والدارقطني والترمذي وأبو داود — ينظر: الموطأ — ص ٢٤٦،

وبذل المجهود ج ٨ ص ٦٥، وعارضة الأحوذى — ج ٣ ص ١٢٥، ومنن الدارقطني — ج ٢

ص ٩٠، والندرية في تخريج أحاديث الرواية — ج ١ ص ٢٤٨.

له قبل الزواج بغيره أم أنه لا يكون حجة وعليه يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى قبل الزواج بآخر؟

حجيته:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأصوليون على أن حتى العاطفة تدل على موافقة حكم ما بعدها لما قبلها؛ لأنها حرف من حروف العطف، والعطف يقتضى التشريك فى الحكم مثال ذلك: نجح الطلاب حتى محمد، فالعطف بحتى يقتضى مشاركة محمد للطلاب فى النجاح، فهذا لا خلاف فيه.

لكنهم اختلفوا فى " حتى وإلى " اللتان هما للغاية ﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ ^(١) فإن هذه الآية قد دلت بمنطوقها على غسل الأيدي، وهو ما قبل " إلى " باتفاق، أما المرفق وهو ما بعد إلى ، فهل ينتفى عنها الغسل لدلالة تقييد الحكم بحرف الغاية وهو " إلى " أو يكون غسلها مسكوتاً عنه ولا يعرف إلا بدليل آخر؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال:

القول الأول:

وهو للإمام الشافعى ومن وافقه: أن تقييد الحكم بحرف من حروف الغاية كـ " إلى " أو " حتى " يدل على انتفاء الحكم فيما بعد

(١) سورة المائدة من الآية : [٦].

الغاية، لأن ذلك نقيض ما قبلها، وعلى هذا يكون مفهوم الغاية حجة مطلقاً، سواء أكان ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها من جنس كغروب الشمس، أو ليس هناك فاصل كالمرافق لعدم تميزه^(١).

القول الثاني:

لبعض الحنفية واختاره الأمدى وهو أن مفهوم الغاية لا يكون حجة مطلقاً، سواء أكانت الغاية بـ " إلى " أو " حتى " أو غيرها وسواء أكانت ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها أو ليس هناك فاصل فلا يكون مفهوم الغاية حجة بهذا الإطلاق.

وعلى هذا يكون حكم ما بعدها مسكوت عنه شأنه في ذلك شأن غيره من مفاهيم المخالفة، وحينئذ لا يعرف حكمه إلا من دليل آخر خلاف الغاية^(٢).

القول الثالث:

ذهب البعض إلى أن الغاية إن كانت من جنس ما قبلها، مثل بعثك هذا الرمان إلى هذه الشجرة، وكانت الشجرة من الرمان دخلت الغاية في

^١ ينظر: المسودة ص ٣٥٨، والمعتد ج ١ ص ١٥٦، والمستصفي - ج ٢ ص ٢٠٨.

(٢) ينظر: فرائع الرحموت - ج ١ ص ٤٣٢، والإحكام للأمدى - ج ٣ ص ٨١.

منطوق الكلام فيتناولها البيع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، وإن كانت من غير جنسه لا تدخل^(١).

القول الرابع:

إن كان ما قبل الغاية قد دخلت عليه " من " مثل : بعثك هذه القطعة من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لم يدخل ما بعدها وهو الجدار الثاني في الحكم وهو البيع، ويكون مفهوم الغاية حجة، وإن كان ما قبل الغاية لم تدخل عليه " من " ، مثل : بعثك هذه القطعة إلى هذا الجدار، دخل ما بعدها وهو الجدار في البيع، فلا يكون حجة.

القول الخامس:

يرى أن ما بعد الغاية إن كان مفصولا عما قبلها بفاصل حسي، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾^(٢)، فإن الليل مفصول عن النهار بغروب الشمس، وهو فاصل حسي مشاهد، فغروب الشمس قد فصل بين الليل والنهار، فيكون ما بعد الغاية الحكم فيه مخالفا لما قبلها، فيكون حجة.

وإن لم يكن مفصولا بفاصل حسي، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾^(٣) فإن ما بعد الغاية يدخل فيما

(١) ينظر : التمهيد للأسنوى — ص ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٨٧].

(٣) سورة المائدة من الآية : [٦].

قبلها فتكون المرافق داخلة في اليد؛ لأن اليد تطلق على الذراع من الكف إلى المنكب، والمرافق غير متميزة فيجب غسلها، فلا يكون ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، فلا يكون حجة^(١).

القول السادس:

يرى أن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾^(٢) فالمنطوق الصريح هو عدم الحل للزوج الأول، إلا أن تنكح الزوج الثاني، والمنطوق بالإشارة يكون للمعنى لازما غير مقصود، وهذا القول ضعيف، لأن الثابت بدلالة الإشارة مفهوم وليس بمنطوق كما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي.

الأئمة

استدل المثبتون لمفهوم الغاية وأنه حجة مطلقا:

بأن الحكم قبل الغاية والمقيد بها لو كان ثابتا أيضا فيما بعد الغاية، لما كانت الغاية غاية ولما كان للحكم منتهيا بها، وكان للحكم فيما بعدها موافقا لما قبلها لا مخالفا فيكون منطوقا لا مفهوما، لكنه ثبت أن الغاية غاية وأن الحكم ينتهي بها، فبطل أن يكون للحكم فيما بعد الغاية موافقا

(١) ينظر: التمهيد للأمنوى - ص ٢٢٢، وشرح العضد - ج ٢ ص ١٨١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٠].

لما قبلها، وثبت نقيضه وهو كونه مخالفاً، فيكون مفهوم الغاية حجة، وهو المطلوب.

واستدل النافون لحجية مفهوم الغاية مطلقاً:

بأن تقييد الحكم بالغاية وانتهائوه بها لا يدل على انتفاء الحكم فيما بعد الغاية لجواز ثبوته بدليل آخر من نص أو إجماع، وإذا ثبتت الحكم فيما بعد الغاية موافقا لما قبلها بدليل آخر من نص أو إجماع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، ولا يكون الحكم بها دالاً على نفيه فيما بعدها وهو المدعى والمطلوب.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الدليل في غير محل النزاع: لأن كلامنا ليس في تقييد الحكم بحكم معين فيما بعد الغاية، أما إذا وجد دليل من نص أو إجماع على حكم معين، فإنه يعمل به بلا خلاف ولا عبرة بمفهوم الغاية.

واستدلوا ثانياً : فقلوا:

إن غسل المرافق واجب في غسل اليد الثابت غسلها بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ فلو كان ما بعد الغاية مخالفاً لما قبلها، لكان غسل المرافق غير واجب، وهذا باطل بالإجماع لأنهم متفقون على وجوب غسل المرافق، فلا يكون مفهوم الغاية حجة.

أجيب عن هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل في غير محل للنزاع، لأن وجوب غسل المرافق ثابت بفعل النبي ﷺ فقد روى عنه في صفات وضوئه، أنه توضأ وغسل مرفقيه، وهذا يحتمل أن غسل المرفقين واجب.

سلمنا لكم أن غسله ﷺ للمرفقين ضرورة للاحتياط دعت إليها ضرورة التخلص من العهدة، و " إلى " هنا ليست على حقيقتها، بل هي بمعنى " مع " فقوله تعالى : ﴿ ولديكم إلى المرافق ﴾ أى مع المرافق فيكون غسل المرافق ثابتاً بالنص.

الوجه الثاني: أن غسل المرافق واجب لتوقف العلم بغسل اليد الذي هو واجب على غسل المرافق، لأن اليد غير متميزة عن المرفق، فوجب غسل المرفق لتوقف العلم بغسل اليد عليه، فهو من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأن غسل المرافق مقممة للواجب.

واستدل أصحاب القول القائل بأن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم :

بأنه يتبادر إلى الأذهان من قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ عدم وجوب الصوم في الليل وإياحة الإفطار فيه، وهذا غير مقصود لكنه لازم لتقييد الحكم بالغاية.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم أنه منطوق، بل هو مفهوم، ولا يلزم من تبادره إلى الأذهان أن يكون منطوقاً، فإن المفهوم قد يتبادر إلى الذهن، كما هو الحال في مفهوم الصفة كقوله ﷺ "مطل الغنى ظلم" فقد يتبادر إلى الذهن أن مطل الفقير ليس بظلم، ولم يقل أحد بأنه منطوق^(١).
والذي نرجحه من الأقوال السابقة هو القول القائل بأن مفهوم الغاية حجة مطلقاً.

بهذا نكون قد انتهينا من أقسام مفهوم المخالفة عند الجمهور مقتصرين على المشهود منها اقتضاء لما يتطلبه المقام.
والله أعلى وأعلم،،،،

(١) ينظر: الإحكام للأمدى - ج ٢ ص ٨٧، وما بعدها، وإرشاد القحول ص ٣٠٨، وروضة الناظر ص ٢٧٣، والمعتمد - ج ١ ص ١٥٦، ونشر البتود - ج ١ ص ١٠١.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى تحصيل مادته العلمية، فإننى فى ختام هذا العمل أسجل أهم نتائج البحث فيما يأتى:

أن التوصل إلى معرفة أحكام الله تعالى التى بها صلاح أحوال المكلفين معاشا ومعادا، لا يكون صحيحا إلا إذا روعى فيه مقتضى الأساليب فى اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وقد تحقق ذلك من أئمة المجتهدين من علماء الإسلام وفقهاء الشريعة، وإذا كان قد وقس بينهم خلاف فى تقسيم هذه الطرق وتوزيعها.

حيث سلك الأحناف فى استفادة الأحكام من نصوصها طرقا غير التى سلكها الجمهور، إلا أن هذا لا يدل على التعارض بل التوافق؛ لأن القواعد التى راعاها كل فريق ليست لها صبغة دينية، بل هى مستمدة من استقراء الأساليب العربية ومما قرره أئمة اللغة، والوقوف عليها بحسب الوسع والطاقة، فربما توصل مجتهد إلى استنباط حكم من الدليل عن طريق دلالة النص عليه بطريقة معينة لم يتوصل إليها غيره من المجتهدين، هذا فضلا على أنه فى الكثير والغالب نجد بأنه قد تتفق طرق دلالة الأدلة على الأحكام عند الجميع من ناحية المعنى وإن كان الخلاف فى اللفظ، ومثال ذلك ما وجدناه من تقابل فى بعض الأقسام عند العلماء،

فمثلا دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والافتضاء عند الأحناف، هذه هي أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد حقق مقصوده ، وكشف عن موضوعه، وأن يجعل هذا خالصا لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

أهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: كتب السنة:

١- أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزي - ت ٧٥١ هـ - ط دار الجيل - بيروت.

٢- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني - ت ٨٥٢ هـ - ط مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- المستدرک على الصحيحين للحافظ محمد بن عبد الله النيسابوري - ت ٤٠٥ هـ - وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي - ط دار المعارف - بيروت.

٤- تخريج أحاديث البزدوى - للحافظ أبي العبدل زين الدين - ت ٨٧٩ هـ - ط نور الدين محمد - كراتشي - مطبوع على هامش أصول البزدوى.

٥- سنن أبي داود للإمام سليمان الأصبهاني - ت ٢٧٥ هـ - تحقيق محي الدين عبد الحميد - ط المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٦- سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله بن ماجه القزويني - ت ٢٧٥ هـ - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - ط دار الفكر - بيروت.

٧- سنن البيهقي للكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقي - ت ٤٥٨ هـ - ط دار المعرفة - بيروت.

٨- سنن الترمذی للإمام أبي عيسى الترمذی - ت ؟؟؟؟ هـ - ط مصطفى الحلبي .

٩- سنن الترمذی للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمی - ت ٢٢٥ هـ - ط دار الفكر بيروت - ط إحياء السنة النبوية.

١٠- سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي - ت ٢٠٣ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.

١١- صحيح الإمام مسلم بشرح النووي ط الشعب ، دار القلم - بيروت.

١٢- صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري - ت ٢٥٦ هـ - ط مطابع الشعب.

١٣- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني - ت ١١٦٢ هـ - ط التراث الإسلامي - حلب.

١٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي - ت ٨٠٧ هـ - ط منشورات دار الكتاب العربي - بيروت.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني - ت ١٢٥٠ هـ - ط للمطبعة العثمانية ، طبعة أخيرة مطبعة حلبى.

ثالثاً: كتب الأصول ومراجع أخرى:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني - ت ١٢٥٠ هـ - تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدرى - ط مؤسسة الكتب الثقافية بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.

٢- أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى - ت ٤٩٠ هـ - ط دار المعرفة - بيروت - سنة ١٤١٤ هـ.

٣- أصول الفقه - أ. د/ سلامة مذكور - ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ م.

٤- أصول الفقه للشيخ محمد أبى النور زهير - ط دار التأليف بالقاهرة.

- ٥- أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى - ط دار الفكر - ط ٧ سنة ١٤٠١هـ
- ٦- الإبهاج فى شرح المنهاج لابن السبكي - تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل - ط مكتبات الأزهر.
- ٧- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الأمدى - ت ٦٣١ هـ - ط مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع.
- ٨- الآيات البيّنات على شرح المحلى على جمع الجوامع - لأحمد بن قاسم العبادى المصرى - ت ٩٩٢ هـ - ط مصر سنة ١٢٨٩هـ.
- ٩- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجوينى - ت ٤٧٨ هـ - ط دار الأنصار بالقاهرة.
- ١٠- التحصيل من الحاصل للأرموى - تحقيق د. عبد الحميد على أبو زنيد - ط مؤسسة الرسالة.
- ١١- التقرير والتحرير على متن التحرير لأمر الحاج - ت ٨٧٩ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٢- التوضيح لمتن التفتيح لصدر الشريعة - صبيح.
- ١٣- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعى - ت ٢٠٤ هـ - تحقيق أحمد شاكر - ط الحلبي.
- ١٤- الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير - ط السنة المحمدية.
- ١٥- المحصول فى أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين السرازى - ت ٦٠٦ هـ - تحقيق د. / فياض - الطبعة الأولى ١٩٧٩م. - مطبوعات جامعة الإمام محمد ابن سعود.

- ١٦- المستقصى من علم الأصول لأبي حامد بن محمد الغزالي - ت ٥٠٥ هـ - للطبعة الثانية - دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٧- المسودة في أصول الفقه آل تيمية عبد السلام ابن تيمية - ٦٥٢ هـ - تحقيق محمد محي الدين - ط دار الكتاب العربي - بيروت.
- ١٨- المعتمد للإمام أبي الحسين البصري - ت ٤٣٦ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٩- المنحول للإمام محمد الغزالي - تحقيق د. / محمد علي هيتو.
- ٢٠- الوصول إلى قواعد علم الأصول للتمرثاني - رسالة محققة بكلية الشريعة د. / محمد عبد السميع فرج الله.
- ٢١- تخريج الفروع على الأصول للإمام الزنجاني - ت ٦٥٦ هـ - تحقيق د. / محمد أنيب - ط مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ٢٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام - ت ٧٧٢ هـ - ط مؤسسة الرسالة - تحقيق محمد حسن هيتو.
- ٢٣- تصنيف السامع شرح جمع الجوامع لابن السبكي - للإمام محمد بن بهادر الزركشي مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٧٩ أصول فقه.
- ٢٤- تقرير الشربيني على جمع الجوامع - ط دار العلوم للطباعة والنشر بقطر.
- ٢٥- تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين القرافي.
- ٢٦- تيسير الأصول للحافظ الزاهدي - ط الثانية - بيروت.
- ٢٧- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى - شرح مختصر للتحرير لكمال الدين بن الهمام - ت ٨٦١ هـ - ط مصطفى الحلبي.

- ٢٨- جمع الجوامع مع حاشية البناني لتاج الدين السبكي - ت ٧٧١ هـ - ط
مؤسسة جال العلوم للطباعة والنشر - الدوحة - قطر.
- ٢٩- روضة الناظر وجنة المناظر - ط مكة المكرمة.
- ٣٠- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الإسنوى - ت ٧٧٢ هـ - ط محمد علي صبيح.
- ٣١- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي - ط الثانية - ط مصطفى الحلبي.
- ٣٢- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضي عضد الملة والدين الإيجي - ت ٧٥٦ هـ - مراجعة د./ شعبان محمد إسماعيل - ط الكليات الأزهرية - ٣٩٤ هـ .
- ٣٣- شرح اللمع لابی إسحاق الشيرازي - ت ٤٧٦ هـ - ط أولى - دار الغرب الإسلامي - بيروت.
- ٣٤- شرح مختصر الروضة تحقيق د./ عبد التركي - ط مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية.
- ٣٥- شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور - ت ١١١٩ هـ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - مع المستصفي .
- ٣٦- فتح الغفار بشرح المنار لابن ملك المعروف بمشكاة الأنوار في أصول الفقه لابن نجيم - ط مصطفى الحلبي.
- ٣٧- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للأخصاري - ط الثانية - دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣٨- كتاب الحدود للباجي - ط بيروت - لبنان.

٣٩- كشف الأسرار على فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى - ط دار الكتاب العربى - بيروت.

٤٠- منتهى السؤل فى علم الأصول للآمدى - ط محمد على صبيح وأولاده ، القاهرة.

٤١- نشر البنود على مرقى السعود - لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطى المالكي - ت فى حدود ١٢٢٣ هـ - ط - فضاله بالمحمودية بالمغرب.

رابعاً : كتب الفقه:

١- البناية على الهداية - للمير غنائى.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى - ت ٥٨٧ هـ - ط بيروت - لبنان .

٣- فتح القدير - للكمال بن الهمام.

خامساً: كتب اللغة :

٢- القاموس المحيط للفيروز أبادى - ط المطبعة الأميرية - ١٣٠١ هـ -

٢- المصباح المنير للفيومى - ط بيروت - لبنان.

٣- المعجم الوسيط - ط دار المعارف.

٤- لسان العرب لابن منظور - ط دار المعارف بمصر.

٥- مختار الصحاح - ط دار المعارف بمصر.

فهرسٓ الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣٦٣	المقدمة
٣٦٥	خطة البحث
٣٧٠	تمهيد
٣٧٠	تعريف الدلالة
٣٧١	أقسامها
٣٧٨	الباب الأول
	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف ويشتمل على خمسة فصول
٣٨٧	الفصل الأول: دلالة عبارة النص
٣٨٨	المبحث الأول: في تعريف دلالة عبارة النص
٣٩٠	المبحث الثاني: ما ثبت من أحكام بعبارة النص
٣٩٣	المبحث الثالث: حكم عبارة النص
٣٩٤	الفصل الثاني: دلالة الإشارة، ويشتمل على خمسة مباحث
٣٩٥	المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة
٣٩٨	المبحث الثاني: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة
٤٠٠	المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة للنص
٤٠٥	المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة
٤١٠	المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة
٤١٤	الفصل الثالث: دلالة النص، ويشتمل على سبعة مباحث
٤١٥	المبحث الأول: تعريف دلالة النص
٤١٧	المبحث الثاني: الفرق بين دلالة النص والقياس
٤٢١	المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص ...

الصفحة	الموضوع
٤٢٣	المبحث الرابع: أقسام دلالة النص
٤٢٦	المبحث الخامس : حكم دلالة النص
٤٢٨	المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة.
٤٣٠	المبحث السابع: للفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص
٤٣٤	الفصل الرابع: دلالة الاقتضاء ، ويشتمل على خمسة مباحث
٤٣٥	المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء
٤٣٨	المبحث الثاني : الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة
٤٤٠	المبحث الثالث : أقسامها
٤٤٢	المبحث الرابع: عموم المقضى
٤٤٨	المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء
٤٥١	الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف ...
٤٥٤	الباب الثاني
٤٥٥	طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور، ويشتمل على فصلين:
٤٥٧	الفصل الأول: دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين
٤٥٨	المبحث الأول : تعريف المنطوق
٤٦٢	المبحث الثاني: أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين
٤٦٢	المطلب الأول: المنطوق الصريح، ويشتمل على مسألتين
٤٦٤	المطلب الثاني: المنطوق غير الصريح، ويشتمل على مسألتين :
٤٦٤	المسألة الأولى: تعريفه
٤٦٥	المسألة الثانية : أقسام المنطوق غير الصريح

الصفحة	الموضوع
٤٦٧	دلالة الاقتضاء
٤٦٧	دلالة الإيماء
٤٦٨	دلالة الإشارة
٤٧١	الفصل الثاني : دلالة المفهوم ، ويشتمل على مبحثين
٤٧٢	المبحث الأول: تعريف دلالة المفهوم
٤٧٦	المبحث الثاني : أقسامها ، وفيه مطلبان :
٤٧٧	المطلب الأول: مفهوم الموافقة ، ويشتمل على خمس مسائل
٤٧٧	المسألة الأولى: تعريفه
٤٧٨	المسألة الثانية شرطه
٤٧٨	المسألة الثالثة : أقسامه من حيث الأولوية والمساواة
٤٨٠	المسألة الرابعة : حكم مفهوم الموافقة
٤٨٤	المسألة الخامسة : أقسامه من حيث القطعية والظنية
٤٨٧	المطلب الثاني : مفهوم المخالفة، ويشتمل على عشرة مسائل
٤٨٧	المسألة الأولى : تعريفه
٤٨٨	المسألة الثانية: حججه
٤٩٤	المسألة الثالثة : شروط العمل بمفهوم المخالفة
٤٩٩	المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة
٥٠١	المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة
٥٠٣	المسألة السادسة: مفهوم اللقب
٥٠٩	المسألة السابعة: مفهوم الصفة
٥١٤	المسألة الثامنة: مفهوم الشرط

الصفحة	الموضوع
٥١٩	المسألة التاسعة: مفهوم العدد
٥٢٥	المسألة العاشرة : مفهوم الغاية
٥٣٣	خاتمة
٥٣٥	فهرس المراجع
٥٤١	فهر الموضوعات



بحث في الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق

إعداد

الدكتور

صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أولاً المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، إياك نعبد. وإياك نستعين ، يا من هو المعبود المشكور على الحقيقة . إذ لا منعم سواه، وكل نفع يجري على يد غيره فهو الذي أجراه، وكل خير يصل إلى بعض مخلوقاته من بعض فهو الذي قدره وقضاه، فأحمده حمداً يرضاه ، وأشكره شكراً يقابل نعماءه، وإن كانت غير محصاه ، امتثالاً لأمره لا قياماً بحق شكره، فإن لسانني وجناني وأركانني لا تقوم بشكر أقل نعمة من نعمه العظيمة

والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد المبعوث إلى الأحمر من العباد والأسود. صلاةً وسلاماً يتجددان بتجدد الأوقات، ويتكرران بتكرار الآيات ، وعلى آله وصحابه الأخيار.

وبعد

فإن علم أصول الفقه علم عظم نفعه وقدره، وعلا شرفه وفخره، إذ هو منار الأحكام الشرعية، ومنار الفتاوى الفرعية التي بها صلاح المكلفين معاشاً ومعاداً، ثم إنه العمدة في الاجتهاد، وأهم ما يتوقف عليه من المواد كما نص عليه العلماء، ووصفه به الأئمة الفضلاء.

يقول الإمام الغزالي: وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه للرأي والشرع، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد وللتمسيد^(١).

هذا، وقد عقدت العزم على أن أبحث عن موضوع من موضوعات هذا الفن. لينشر في مجلة الكلية هذا العام. فوقع اختياري على موضوع " الاستحسان عند الأصوليين دراسة وتطبيق " وهذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها عند العلماء، لأن أدلة الشرع منها ما هو متفق عليه بين العلماء وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنها ما هو مختلف فيه وهي مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد للذرائع وغيرها.

هذا ولقد ترددت كلمة الاستحسان كثيراً على السنة الفقهاء، منذ عهد أبي حنيفة ومالك، بعد أن تميز القياس من بين أنواع الاجتهاد.

(١) راجع للسفني ج ١ ص ٣ ط دار الفكر

ولقد كان الأخذ بالاستحسان بعد ذلك مثاراً للخلاف بين العلماء، منهم المؤيد له فاتخذته مبدأ من مبادئ التشريع يلجأ إليه المجتهد فسي بعض الأحوال الاستثنائية، ومنهم المعارض له فجعله تشريعاً بالهوى، فأقره الحنفية والمالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية أكثر من غيرهم حتى عرفوا به، وأكثروا منه في فقههم، وإن كان القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة "الحكم في هذه المسألة كذا، واستحساناً كذا" أو "الحكم في المسألة كذا إلا أنا عدلنا عن القياس فيها إلى الاستحسان".

ولقد كان الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - بارعاً في الاستحسان، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه "إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد" (١).

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان (٢).

وجاء الشافعي فعد القياس وحده هو الأساس في الاجتهاد بالرأي، واستتباط الأحكام، وأنكر ما عداه، ولذلك رفض الاستحسان، إذ فهمه على أنه اجتهاد بالهوى من غير دليل، وكتب فصلاً من كتابه الأم، سماه إبطال الاستحسان، مع أنه أخذ في الواقع بالاستحسان الاصطلاحي، الذي يأخذ به باقي الأئمة، ولكنه لم يسمه استحساناً.

(١) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو رهرة ص ٣٨٧ ط دار الفكر العربي

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين في خدمة الشريعة
الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها من
تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونة والشمول
والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمي عند الآخرين
وأن تعود من جديد لتمد للعالم كما أمدته من قبل بأعظم ثمرة علمية
عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم على سيدنا
محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د / صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانياً خطة البحث :

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ستة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيانها كالتالي :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان .

المبحث الثاني : في حجية الاستحسان .

المبحث الثالث : في تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان.

المبحث الرابع : في أنواع الاستحسان.

المبحث الخامس : في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشبه به.

المبحث السادس : في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان في الفقه الإسلامي ويشتمل على المسائل الآتية :

المسألة الأولى : في شرط الخيار لغير المتعاقدين .

المسألة الثانية : قبض الهبة بغير إذن الواهب.

المسألة الثالثة : في شركة المفاوضة .

المسألة الرابعة : في إقرار الوكيل بالخصومة.

المسألة الخامسة : في ردة الزوجين معاً.

المسألة السادسة : حكم قاطع الطريق في المصر .

المسألة السابعة : الاشتراك في السرقة .

المسألة الثامنة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

المسألة التاسعة : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة .

المسألة العاشرة: في محاذاة الرجل المرأة في الصلاة .

المسألة الحادية عشرة : طهارة خمر الحمام والعصفورة.

المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية.

المسألة الثالثة عشرة : القبول ليس ركناً في الهبة.

المسألة الرابعة عشرة : في هبة الدين لغير المدين .

الخاتمة - ثم الفهارس .

المبحث الأول

في

تعريف الاستحسان^(١)

أولاً : تعريف الاستحسان في اللغة :

يقول صاحب المصباح^(٢) : الاستحسان من الحسن وهو عد الشيء واعتقاده حسناً^(٣).

وقال ابن منظور^(٤) في لسان للعرب: الحسن ضد القبح.

واستقبح وتقيضه تقول : استحسنت كذا أي اعتقدته حسناً، كذا أي اعتقدته قبيحاً والحسن نعت لما حُسن^(٥).

فالاستحسان في اللغة : عد الشيء حسناً مثل الاستقباح عد الشيء قبيحاً^(٦).

(١) يلاحظ في هذا البحث أنني أخرج الحديث في أول ورؤده وأترجم للعلم كذلك ولا أتعرض فيما بعد ذلك بذكر مثل القول : سبق تفريح الحديث أو سبق ترجمته بالنسبة للعلم .

(٢) هو أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي الحموي ، أبو العلم، لعوي، اشتهر بكتابه المصباح المير، ولد بالقوم بمصر ورحل إلى حماء بسورية توفي سنة ٧٧٠هـ (راجع الأعلام جـ ١ ص ٢٤٤ ط دار العلم للملايين - بيروت - لبنان).

(٣) راجع المصباح المنير جـ ١ ص ١٣٦ ط المكتبة العلمية - بيروت لبنان، مختار الصحاح ص ١٣٦ وما بعدها - الناشر دار الحديث - القاهرة.

(٤) هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حقة بن مطور الأنصاري الأفرنجي، ولد بالقاهرة سنة ٦٣٠هـ . أجمع المترجمون له على أنه كان محدثاً فقيهاً. توفي سنة ٧١١هـ (راجع الأعلام جـ ٧ ص ١٠٨)

(٥) راجع لسان العرب جـ ٢ ص ٨٧٩ ط دار المعرفة - بيروت - لبنان.

(٦) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢ ط محمد علي صبيح ولولاده - مصر.

فالاستحسان : مشتق من الحسن والحسن محركه ما حسن من كل شئ والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبها عند غيره.

وقيل الاستحسان : طلب الأحسن لاتباعه ، مثل الاستئذان طلبب الإذن للدخول^(١).

هذا وقد اتفق الأصوليون على أن الاستحسان بالمعنى السابق ليس بحجة ولا يصح أن يكون أصلا من أصول التشريع الإسلامي التي يعتد بها، لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي دون رعاية لدليل من أدلة الشرع الثابتة ، والقول في الدين بالهوى والتشهي ممنوع إجماعا، ولا يقول به أحد.

كما اتفقوا أيضا على أن لفظ الاستحسان يجوز استعماله بلا خلاف وذلك لوروده في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وإطلاق أهل اللغة والاجتهاد.

(١) راجع ما قبل في تعريف الاستحسان في القاموس المحيط جـ ٣ ص ٢١٥ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده - بمصر
المعجم الوسيط جـ ١ ص ١٧٤ باب حسن ط دار المطارف، تاج المروس جـ ١ ص ٣٠٢ ط منشورات مكتبة
المطبعة - بيروت - لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٤ ص ٢ وما بعدها الناشر دار الكتاب
الإسلامي، الأحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢١١ الناشر - دار المطبوعات القفازة - أصول المرحسي جـ ٢ ص
٢٠٠ ط دار المعرفة - بيروت لبنان، غاية السؤل للإسنوي جـ ٣ ص ١٣٩ ط محمد علي صبيح وأولاده بمصر -
كشف الأسرار للسفي جـ ٢ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

أما القرآن الكريم:

١- فقد قال الله تعالى في شأن التوراة: «وكتبنا له في الألواح من كل شيء موعظة وتفصيلاً لكل شيء فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين»^(١).

ففي الآية الكريمة. يأمر الله تعالى - موسى عليه السلام - أن يأمر قومه بأن يأخذوا بتعاليم الألواح التي أوحى الله تعالى بها إلى موسى، وأن يتمسكوا بأحسنها ، وما ذلك إلا حينما صفت قلوبهم، ونقت سريرتهم، وطهرت وجدانهم.

٢- قوله تعالى : ﴿الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب﴾^(٢).

ففي هذه الآية الكريمة . يمدح الله تعالى المؤمنين الذين يجتنبون عبادة الطاغوت ، ويستمعون لما جاء به محمد ﷺ فيلتزمون بهديه ويتمسكون بهذه التعاليم السامية وما ذلك إلا لصفاء قلوبهم ونقاء ضمائرهم .

٣- قوله تعالى : ﴿ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من المسلمين﴾^(٣).

ففي هذه الآية الكريمة دعوى صريحة واستحساناً لعمل الدعوة والدعاة والمفكرين من المسلمين حيث يوجهون جهودهم إلى الله تعالى ،

(١) سورة الأعراف الآية ١٤٥

(٢) سورة الزمر الآية ١٨

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣.

وإلى دعوته حيث نكت نفوسهم، وأغار الله تعالى بهم الأرض، لأنهم حملة لواء الإسلام الذي جاء به محمد ﷺ .

٤- قوله تعالى: ﴿الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم﴾^(١).

ففي الآية الكريمة : بين أن أحسن ما يسمع مما أنزل الله هو القرآن الكريم ، قال سعد بن أبي وقاص^(٢)، قال أصحاب رسول الله ﷺ : لو حدثنا فأنزل الله تعالى: ﴿الله نزل أحسن الحديث﴾^(٣). فقالوا: لو قصصت علينا فنزل ﴿نحن نقص عليك أحسن القصص﴾^(٤). فقالوا لو ذكرتنا فنزل ﴿ألم يأن للذين آمنوا أن تخضع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق﴾^(٥).

وأما من السنة :

فقد ورد لفظ الاستحسان في حديث رسول الله ﷺ من ذلك مايلي :

(١) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٢) هو مالك بن أنس بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة الأمر أبو إسحاق القرشي الزهري المكي أحد العشرة المشيرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين للإسلام شهد بدرًا والخديبة توفي سنة ٥٦هـ (راجع سير أعلام النبلاء جـ ١ ص ٩٢ مؤسسة الرسالة- بيروت . لبنان، أسد الغابة جـ ٢ ص ٣٦٦ ط الشعب.

(٣) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٤) سورة يوسف من الآية ٣.

(٥) سورة الحديد من الآية ١٦.

١- قوله ﷺ "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" ^(١).

٢- قوله ﷺ - "أقربكم مني مجلسا يوم القيامة أحسنكم خلقا" ^(٢).

ففي الحديثين الشرقيين: ذكر للاستحسان والحسن ، حيث وضح وبين رسول الله - ﷺ - أن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، كما بين أن أقرب الناس منه يوم القيامة أحسنهم خلقا.

وأما إطلاق أهل اللغة والاجتهاد لفظ الاستحسان واستعماله فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيه، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السفاتين من غير تقدير للماء وعوضه.

(١) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک عن طريق زر بن حبیش عن عبد الله بن مسعود بنفس اللفظ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أخرجه الزيلعي من نفس الطريق بنفس اللفظ وقال: حديث غريب ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، أخرجه الإمام أحمد في مسنده من نفس الطريق بلفظ أن رسول الله ﷺ قال "إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه سيئا فهو عند الله سيء" (راجع المستدرک جـ ٣ ص ٧٨ وما بعدها كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة - بيروت - لبنان، نصب الرتبة جـ ٤ ص ١٣٣ كتاب الإجازات - باب الإجارة الفاسدة ط دار المأمون - مصر، مسند الإمام أحمد جـ ١ ص ٣٧٩ ط دار صادر - بيروت - لبنان).

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق ثعلبة الخشني بلفظ قال رسول الله ﷺ "إن أحبكم إلى وأقربكم مني في الآخرة مماستكم أعتلاقا، وإن أبغضكم إلى وأبعدكم مني في الآخرة مساويكم أعتلاقا - الثرثارون - المتفهبون - المتشدقون" (راجع مسند أحمد جـ ١ ص ١٩٣).

وقد نقل عن الإمام الشافعي^(١): أنه قال استحسّن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً، واستحسّن ثبوت الشفعة للمفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسّن ترك شيء من نجوم الكتابة للمكاتب، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت. القياس أن تقطع يمينه، والاستحسان أن لا تقطع^(٢).

وقد نقل عن الإمام مالك^(٣) أنه قال: الاستحسان تسعة أعشار العلم، وقال أصبغ بن الفرّج المالكي^(٤): الاستحسان في العلم قد يكون

(١) هو محمد بن إبراهيم بن العباس القرشي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في سنة ١٥٠هـ بخراسان، وحمل معها طفلاً إلى مكة، ثم رحل إلى المدينة، من مؤلفاته، الأم في الفقه والرسالة في الأصول وغيرها توفي سنة ٢٠٤هـ (راجع شذرات الذهب ج٢، ج٩ ط دار الفكر للطباعة والنشر، طبقات الشافعية للإسنوي ج١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

(٢) راجع ما قاله الإمام الشافعي في نفائس الأصول في اختصار المحصول ج٩ ص ٤٠٢٧ الناشر مكتبة - نزار مصطفى الباز، البحر المحیط ج٨ ص ١٠٨ ط المكتبة، الآيات البينات ج٤ ص ٢٦٤ وما بعدها ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الإحكام للأمندي ج٤ ص ٢١٠ وما بعدها الناشر دار الحديث - الإمام ج٣ ص ٢٠٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) هو مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة، ولد بالمدينة في سنة ٩٣هـ من مؤلفاته: الموطأ، ورسالة في الرد على القدرية وغير ذلك كثير، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالمدينة (راجع قدس التهذيب ج١ ص ٥ ط دائرة المعارف العظيمة - حيدر آباد، وفيات الأعيان ج٣ ص ٢٨٤ ط دار صادر بيروت - لبنان).

(٤) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث ولد سنة ١٥٠هـ بمصر من مصنفاته كتاب الأصول وكتاب آداب الصيام، وتفسير حديث الموطأ، توفي سنة ٢٢٥هـ بمصر (راجع شجرة النور الزكية ص ٦٦ الناشر دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الأعلام ج١ ص ٣٣٣ ط دار العلم للملايين - بيروت - لبنان).

أغلب عن القياس، وقال: إن المعروق في القياس يكاد يفارق المسنة، وإن الاستحسان عماد العلم^(١).

وأما الإمام أبو حنيفة^(٢) فقد حمل لواء الاستحسان. فقد نقل عنه أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: استحسنت لم يلحق به أحد فيزعمون له^(٣).

وقال الإمام أحمد^(٤) في التيمم: استحسنت أن يتيمم لكل صلاة، والقياس أنه بمنزلة الماء، يصلى به حتى يحدث أو يجد الماء، وقال فيمن غصب أرضاً فزرعها: الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة، وهذا لا يوافق القياس، ولكن استحسنت أن يدفع إليه نفقته. وقال: يجوز شراء أرض السواد ولا يجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان^(٥).

(١) راجع أقوال المالكية في الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٩ وما بعدها ط دار المعرفة بيروت لبنان، نقال الأصول في شرح المحصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧، الاختصاص جـ ٢ ص ١٣٨ ط دار الفكر.

(٢) هو النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي، ولد سنة ٨٠ هـ وكان عزازاً يبيع الخبز وجده زوطى من أهل قنبل، وأدرك أبو حنيفة جماعة من الصحابة منهم أنس بن مالك، قال عنه الشافعي أنس في الفقه حمال على أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠ هـ (راجع وفيات الأعيان جـ ٥ ص ٤٠٥، تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٦ ط دار الفكر العربي - بيروت - لبنان).

(٣) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧.

(٤) هو أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني القشيري إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة، وكان أبوه والي سرخس، ونشأ متكباً على العلم، وسافر في سبيله إلى كثير من البلدان الإسلامية، من مؤلفاته مستد في الحديث، وكتاب في النسخ والنسوخ وغيرهما كثير، توفي سنة ٢٤١ هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٢ ص ٩٢، الأعلام جـ ١ ص ١٩٢).

(٥) راجع أقوال الإمام أحمد في شرح الكركب المنير جـ ٤ ص ٤٢٩ ط جامعة الملك عبد العزيز، للسودة ص ٤٥٢ ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

مما سبق يتبين لنا أنه لا خلاف في استعمال لفظ الاستحسان، إذا
الجميع متفق على استعماله، وإنما الخلاف واقع في معنى لفظ الاستحسان
وما يؤدي إليه^(١).

وميلاتي بعد قليل بيان حقيقة الاستحسان عند تعريفه في
الاصطلاح.

ثانياً: تعريف الاستحسان في الاصطلاح:

لقد اختلف العلماء في تعريف الاستحسان: ونحن بدورنا نذكر هذه
التعاريف موضحين من لم يأخذ بالاستحسان، ومن أخذ وعمل به كحجة
ودليل من الأدلة الشرعية .

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية

١- تعريف الاستحسان عند المتقدمين:

لم يؤثر عن أبي حنيفة وأصحابه أن عرفوا الاستحسان، أو
ضبطوه، أو بينوا أنواعه، ذلك لأن معناه كان معروفا بينهم، ولم يكن أبو

(١) راجع استعمال لفظ الاستحسان في الأحكام الأدي جـ٤ ص ٢١٠ وما بعدها ، نفائس الأصول في شرح
المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧ ، غاية السؤل جـ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ط محمد علي صبيح وأولاده عصر،
الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩ ، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨ ، شرح الكوكب المنور جـ٤ ص ٤٢٩ ، الأحكام لابن
حزم جـ٦ ص ٧٥٧ وما بعدها ، ط المعاصرة حسين حجازي، كشف الأسرار على أصول الزيدوي جـ٤ ص
١٣ ، التلويح مع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط صبيح بالقاهرة ، تفسير القرطبي جـ١٥ ص ٢٤٨ - الناشر دار
الكتاب العربي - القاهرة ، أصول الفقه للدكتور / محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨ وما بعدها ط دار الطباعة
المحمدية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٢٤ وما بعدها الناشر دار المسلم، الأدلة
المختلف فيها الدكتور / محمد السعيد غني عد ربه ص ٥٣ وما بعدها .

حنيفة قد وضع أصول فقهيه، وإنما نسب للاستحسان الذي كان يقول به معنيان:

أ- الأول: وهو لبعض الأصوليين من أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: هو دليل ينفذ في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه^(١).

وهذا المعنى للاستحسان. متردد بين القبول والرد، وذلك لتردد معنى الإنقذاح بين الشك والوهم، أو الثبوت واليقين، فإن كان الإنقذاح ناشئاً عن وهم وخيال فهذا لا جدال في بطلانه، أما إن كان المجتهد متبناً ومتيقناً مما أنفذ في ذهنه من دليل ومطمئناً إليه فلا شك أنه يلزمه العمل بما اقتضاه الدليل في حق نفسه ومن قلده، ولا بد أن يكون الدليل معتمداً به شرعاً، لكن لا يستطيع إلزام الآخرين به، أو للجدال عنه ما لم يكشف عن ماهيته، لأن ما لا يقدر المجتهد على التعبير عنه لا يدري وهم هو أم دليل مقبول شرعاً.

وقد اختلف العلماء في قبول هذا التعريف أو رده تبعاً للمعنى الذي فسروا به الإنقذاح فمن رآه أنه شك ووهم رده، ومن فسره بالاتضاح والظهور قبله.

فإذا فسر الإنقذاح بالظهور والاتضاح يكون معنى التعريف أن الاستحسان هو الدليل على حكم شرعي استقر في نفس المجتهد بعد تمعن وتدبر حتى ثبت عنده وتحقق منه، وإن لم يستطع التعبير عنه.

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤٠٧ وما بعدها الناشر - مكتبة الكليات الأزهرية، السودة ص ٤٥٢، الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢٢٠، يرشاد الفحول ص ٢٤١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، شرح الكوكب المنير جـ ٤ ص ٣٤٠

ونحن نؤيد المعنى الثاني للانتداح ، وهو الظهور والاتضح ، فمن المعلوم أن المتبادر إلى الذهن من اللفظ يكون حقيقة فيه ، ولذلك قال الطمء : للتبادر أمانة الحقيقة ، وأن المتبادر من الانتداح هو الظهور والاتضح لا الشك والوهم إذ من المستبعد أن يقول المجتهد بحكم شرعي إلا إذا تحقق وثبت من دليل الحكم ، نظراً لأمانته ونقواه وورعه ومنزلته في العلم ، وأما كون المعنى بحيث لا يستطيع المجتهد التعبير عنه هنا ، فهو أن المعاني التي تختلف فيها الأنظار ويقع فيها التعارض بين الأدلة كما هو حاصل في كثير من مسائل الاستحسان ، وقد لاتصل من الوضوح إلى حد تنطلق بالتعبير عنه بومع ذلك يكون المجتهد متحققاً ومتيقناً منه^(١)

وقد رد الغزالي^(٢) هذا التعريف فقال : وهذا هوس لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصحيح الأدلة أو ترفيقه ، أما الحكم بما لا يدري ما هو ، فمن أين يعلم جوازه . أبضرورة العقل ، أو بسمع متواتر ، أو آحاد ؟ ولا وجه لدعوى شيء من ذلك كيف ، وقد قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة على زنا شخص لكن عين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيت وقال زنا ، فالقياس أن لا حد عليه ، لكننا نستحسن حده . فيقال له لم يستحسن

(١) راجع الأحكام للأدي ٢٠١ ص ٢١١ ، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ٢٠٨ ص ٢٨٨ ، حاشية البنان

ج ٤ ص ٣٥٣ ، الإيهام ج ٣ ص ٢٠١ ، روضة الناظر ج ١ ص ٤٠٧ ، الأمانات ج ٤ ص ٢٦٤ ط

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، البحر المحيط ج ١ ص ١٠٣

(٢) هو حجة الإسلام محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي الشافعي المولود بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة

٤٥٠ هـ ، ونسب في كثير من العلوم الشرعية والفنية والتصوف له مائة كتاب ومقالة ، ورسالة توفي سنة ٥٠٥ هـ

راجع الأعلام ج ٧ ص ٢٤٧ ، شذرات الذهب ج ٤ ص ١٠

سفك دم مسلم من غير حجة إذ لم تجتمع شهادة الأربعة على زنا واحد وغايته أن يقول تكذيب المسلمين قبيح وتصديقهم وهم عدول حسن فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت فإن تقدير التراخف بعيد. وهذا هوس لا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه كما لو شهد ثلاثة، وكما لو شهدوا في دور، ونقرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرء الحد بالشبهة أحسن. كيف وإن كان هذا دليلاً فلا ننكر الحكم بالدليل، ولكن ينبغي أن نسمي بعض الأدلة استحساناً^(١).

وقال الأمدي^(٢) عن هذا التعريف : والوجه في الكلام عليه أنه إن تردد فيه بين أن يكون دليلاً محققاً، وهماً فاسداً . فلا خلاف في امتناع التمسك به، وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً، وإن كان في غاية البعد، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون إمكان التعبير عنه^(٣).

(١) راجع قول الإمام الغزالي في المستصفى جـ ١ ص ٢٨١ ط دار الفكر، المنحول ص ٤٧٧ ط دار الفكر - بيروت -

لبنان، مدائع المصالح جـ ٧ ص ٤٩ ط دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

(٢) هو علي بن أبي بن محمد بن سالم التلعلي الفقيه الأصولي سيف الدين الأمدي ولد سنة ٥٥١هـ بآمد وقدم بغداد

وفراً القرايات وتفنن في قراءة العقليات، صنف في أصول الفقه، والمطلق، والحكم، والخلاف توفي سنة ٦٣١هـ -

راجع وفيات الأعيان جـ ٣ ص ٢٩٣، الفتح المبين جـ ٢ ص ٨٤، شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٤٤

(٣) راجع الإحكام للأمدي جـ ٤ ص ٢١١

وقال البيضاوي ^(١): إنهم إن أرادوا بقولهم " ينقذح في نفس المجتهد " أنه يشك فيه- فهو مردود كما هو ظاهر، وإن أرادوا به أنه يثق صحته فهو صحيح يجب عليه أن يعمل به ^(٢)أهـ.

وبعد ذكر أقوال العلماء عن هذا التعريف للاستحسان أرى أن هذا التعريف لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع ، لأن المجتهد إن قطع بما وقع في ذهنه فلا خلاف في أنه يصح الاعتماد عليه في استنباط الحكم، ويكون حجة عنده في إثبات الأحكام، وإن لم يقطع بما وقع في ذهنه بأن شك أو توهم فلا خلاف في أنه لا يصح له الاعتماد على ذلك في استنباط الأحكام.

الثاني : عرفه الكرخي ^(٣) من الحنفية : بأنه للعدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

ومعنى هذا . أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها، إلى حكم آخر يخالف حكم نظائرها لوجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها.

(١) هو القاضي ناصر الدين أبو الحارث عبد الله بن محمد بن علي قاضي القضاة البيضاوي نسبة إلى البيضاء بلاد فارس، من تصانيفه الطوابع، والتهاج، تولى سنة ٦٩١هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٥ ص ٣٩٢ ، البداية والنهاية جـ ١٣ ص ٣٠٩ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ٨٨).

(٢) راجع الإبهاج جـ ٣ ص ٢٠١ ، نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤٠ ، أصول الفقه للدكتور / زهير جـ ٤ ص ١٩٠ (٣) هو عبيد الله بن الحسين الكرخي فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق مولده بالكركخ وهي قرية من قرى بغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الحنفية ، وشرح الجامع الكبير. تولى سنة ٣٤٠هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ١٩٣ ، الفوائد البهية ص ١٠٨ ط دار المعرفة - بيروت - لبنان).

مثال ذلك : قول القائل لله على أن أتصدق بمالي، أو مالي صدقة فإن المال هنا مفرد مضاف فيعم جميع أنواع الأموال سواء أكانت من أموال الزكاة أو من غيرها ومقتضى العموم هو وجوب التصديق بجميع ما يملكه من مال، إلا أن هناك دليلاً آخر منع من العمل بمقتضى هذا العموم وهو قوله تعالى : ﴿ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والله سميع عليم ﴾^(١).

فإن المراد من الأموال في الآية الكريمة أموال الزكاة إجماعاً - فليكن كذلك في قول القائل " مالي صدقة " والجامع بين الأمرين إضافة الصدقة إلى المال في الموضعين .

فأنواع المال نظائر تتدرج تحت جنس المال، وقد أخرج بعضها، وهي الأموال التي لا تجب فيها الزكاة فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها ، وهو عدم وجوب التصديق بها، بعكس نظائرها فقد حكم فيها بوجوب التصديق بها في النذر، والدليل الذي أدى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقدمة : وهو أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، والدال على وجوب الوفاء بالنذر مثل قوله تعالى : ﴿ ثم ليقتضوا ثقتهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾^(٢) ولعموم قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾^(٣) . ولأن الله تعالى مدح به فقال تعالى : ﴿ يوفون بالنذر ﴾^(٤) . وأخير بوقوع العقاب بنقيضه

(١) سورة التوبة الآية ١٠٣

(٢) سورة الماعن الآية ٢٩

(٣) سورة المائدة من الآية ١

(٤) سورة الإنسان من الآية ٧

فقال تعالى: ﴿ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون﴾^(١).

ولأن الإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالنذر^(٢). فهذا التعريف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية. من أنه إخراج صورة عن حكم نظرئها إلى حكم آخر لمقتضى، لكن يترتب على الأخذ به أن يكون العنول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً، وليس باستحسان عندهم^(٣).

وقد يجاب بأن الذي يعنينا ليس مطلق العدول، بل العدول عن حكم القاعدة للعامة وسنن القياس في مسألة ما إلى دليل آخر، على أن الاستحسان بهذا المعنى الذي ذهب إليه الكرخي ما هو إلا دليل خاص من كتاب أو سنة، أو غيرهما عارض لدليلاً عاماً وخصمه وليس دليلاً جديداً، ولا نزاع في تخصيص العام بالخاص، إذا صح الخاص، وهذا غير متنازع فيه بل هو محل اتفاق^(٤).

(١) سورة التوبة الآيات (٧٥، ٧٦، ٧٧).

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ ٤ ص ٣ الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢١٢، التلويح جـ ٢ ص ١٦٢، شرح المضد على المختصر جـ ٢ ص ٢٨٨، نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤٠، الإلهام جـ ٣ ص ٢٠١، نفائس الأصول جـ ٩ ص ٤٠٣٢، الأدلة للمختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٦ وما بعدها، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٠.

(٣) الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢٢٢.

(٤) أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٩٠، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٠.

٢- تعريف الاستحسان عند متأخري الحنفية :

اعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه - رحمهم الله - في تركهم القياس بالاستحسان . وقال : حجب الشرع - الكتاب ، والسنة والإجماع ، والقياس ، والاستحسان قسم خلاص لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبي حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ، ومن هنا عمد المتأخرون منهم إلى الدفاع عن الاستحسان ، فضبطوه وبينوا معناه وأقسامه ، رداً على من قال إن الاستحسان تشريع بالهوى وقول في الدين بدون دليل . ولذلك نقل عنهم تعاريف كثيرة رفعت الخلاف بشأن الاستحسان ، وكشفت عن حقيقته أنه ليس حكماً بالهوى والشهوة ، بل حكم مستمد من مجموع علم الفقه بمقاصد الشريعة وغاياتها : ونحن ندورنا نذكر بعض هذه التعاريف .

أ- تعريف الكمال بن الهمام^(١) للاستحسان :

الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين أحدهما إطلاق خاص ، وهو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي ، ويسمى الاستحسان القياسي . **وبيانه :** أن يكون في المسألة التي ينظر الفقيه في حكمها وصفان يقتضيان قياسين متباينين :-

أحدهما : ظاهر جلي ، وهو ما يتبادر إليه الذهن ابتداءً ويحكم بمقتضاه في نظائرها .

(١) هو كمال الدين بن محمد عبد الواحد بن مسعود السراسي الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ولد سنة ٧٩٠هـ من تلاميذه . فتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه وعومها توفي سنة ٨٦١هـ (راجع

شذرات الذهب ج ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها) .

والثاني : خفي وهو ما لا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالثاني مع خفائه نظراً لقوة تأثيره فيها ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلاته نظراً لضعف تأثيره فيها، فإذا عدلنا عما يقتضيه القياس للظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول ، كان هذا العدول استحساناً، ويسمى الحكم الثابت به حكماً مستحسناً وثابت على خلاف القياس.

مثال ذلك : قياس سؤر سباع الطير، كالصقر، والنسر، والحدأة على سؤر الإنسان بجامع أن كلا منهما لا يؤكل لحمه، وسؤر الإنسان طاهر فسؤر سباع الطير كذلك: فهذا قياس خفي قوي الأثر ، وقع في مقابلة قياس جلي ضعيف الأثر هو قياس سؤر سباع الطير، على سؤر سباع البهائم كالأسد، والفهد والذئب، بجامع أن كلا منهما لحمه نجس ، وسؤر البهائم نجس لاختلاطه باللحاح باللعاب النجس فسؤر ، سباع الطير كذلك نجس، والحنفية قد أخذوا بالقياس الخفي، لأنه أقوى تأثيراً من الظاهر وأثبتوا طهارة سؤر سباع الطير وسموا ذلك استحساناً .

وفي هذا الإطلاق يقول السرخسي^(١) : والاستحسان في الحقيقة قياسان.

أحدهما : جلي ضعيف الأثر يسمى قياساً ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحساناً ، أي قياساً مستحسناً. فالترجيح إذن بالأثر لا

(١) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي نسبة إلى سرخس من أعمال خراسان ، من أشهر مؤلفاته المبسوط في الفقه ، أصول السرخسي في الأصول، وشرح الجامع الصغير وغير ذلك كثير (راجع الفوائد

بالإخفاء والوضوح كالدنيا مع العقبى فإن الدنيا ظاهرة ،
والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود^(١).

ثانيهما : أى الإطلاق الثاني : وهو أن الاستحسان دليل وقع في مقابلة
القياس سواء كان الدليل نصاً، أو إجماعاً.

مثاله : السلم فإن النص دل على جوازه والقياس الظاهر يقضي بعدم
الجواز، لعدم وجود المعقود عليه عند العقد، وكذلك الاستصناع
وهو طلب الصنعة لما فيه تعامل كالخف والنعل، فإن الإجماع
يدل على جوازه ، والقياس الجلي يقتضي منعه، لكون المعقود
عليه غير موجود وقت العقد.

وهذا الإطلاق ليس كسابقه ، فإن الإطلاق السابق كان الاستحسان
فيه عبارة عن تعارض بين علتين أحدهما ظاهرة والأخرى خفية ، وأما
هنا فإن التعارض ليس واقعا بين علتين، وإنما هو واقع بين علة قياسية
ودليل آخر غير القياس، وهذا الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً، أو
ضرورة، وسيأتي ذكر الأمثلة عند الكلام على أنواع الاستحسان.

ويلاحظ على هذا التعريف. أن الإطلاق الأول يفقر إلى شمول
أنواع الاستحسان عند الحنفية، حيث اقتصر على نوع واحد وهو
الاستحسان القياسي. والإطلاق الثاني حصر الاستحسان في هذه الأنواع
الأربعة - النص، والإجماع، والقياس، والضرورة - مع أن أنواعه تربوا
على الثمانية وسيأتي بيانها في ما بعد عند ذكر أنواع الاستحسان.

(١) راجع أصول المرحسي جـ ٢ ص ٢٠٣، المسوط جـ ١ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

وأما كان الأمر فإن الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكمال بن الهمام لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع لأنه يرجع إلى العمل بالقياس الخفي لترجحه على القياس الظاهر، أو إلى العمل بالنص أو الإجماع، وترك القياس الظاهر وليس ذلك مما ينبغي الخلاف فيه لأن العمل بالدليل الراجع متفق عليه بين جميع الأئمة، فالعمل بالاستحسان بهذا المعنى محل اتفاق، وليس فيه خروج على النصوص الشرعية، ولم ينكر أحد على أبي حنيفة الاستحسان بالآثر، والإجماع، والضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق^(١).

ب- تعريف السرخسي للاستحسان:

إن الاستحسان عنده ينقسم إلى قسمين :

الأول : العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولاً إلى آرائنا نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾^(٢). أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأي هو كذلك قوله: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

(١) راجع تعريف الكمال بن الهمام للاستحسان وما قبل فيه في التقرير والتحرير جـ ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها، للبرط جـ ١ ص ١٤٥، كشف الأسرار للبخاري جـ ٤ ص ٣، كشف الأسرار للسفي جـ ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، غاية الوصول للأصاري ص ١٤٧ ط صبح وأولاده - بمصر، فواتح الرحموت وشرحه جـ ٢ ص ٣٢٢ ط دار الفكر، نبر التمهيد جـ ٤ ص ٧٨ ط مصطفى الباشا الحلبي وأولاده - بمصر، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٤، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ محمد السيد علي عبد ربه ص ٥٤ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٦

بالمعروف^(١). ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الاستحسان .

الثاني : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إمعان التأمل فيه، وبعد إمعان التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول، يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه فسي القوة ، فإن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل، وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل للتأمل، على أن معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله^(٢).

وبلاحظ على هذا التعريف أن القسم الأول ليس داخلا في مفهوم الاستحسان الأصولي عند الحنفية ، لأن التقديرات التي جعلها الشارع موكولة لتقدير للمجتهدين ، لا يقال إنها استحسان، لأن الاستحسان عند فقهاء الحنفية والذي فهم من كتبهم الفقهية محصور بين أمرين :

أ - ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر.

ب- استثناء مسألة جزئية من قاعدة كلية أو ترجيح دليل والعمل به فسي مقابلة القياس.

والقسم الثاني : يشمل أنواع الاستحسان كلها، لأن الدليل المعارض للقياس الظاهر قد يكون نصا أو إجماعا، أو قياسا خفيا، أو ضرورة، وكلمة دليل تشمل ذلك كله.

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٣

(٢) راجع أصول الشرح ص ٢٠٠ وما بعدها.

ج- تعريف العرفي الاستحسان في كتابه المبسوط:

عرف السرخسي الاستحسان بعدة تعاريف هي ما يلي :

١- الاستحسان : ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

٢- الاستحسان : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام.

٣- الاستحسان : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة .

٤- الاستحسان : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه

العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين قال تعالى :

﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(١). وغاية الاستحسان

بأنواعه إنما هو ترك العسر في الأحكام عند حصوله إلى اليسر.

فالقيام في الصلاة ركن لا تصح صلاة الفريضة بدونه هذه القاعدة

هي الأصل في صحة الصلاة، والقياس عليها يقتضي بطلان صلاة القاعد

في الفريضة ، ولكن عدل عن حكم القاعدة في حال المرض إلى صحة

الصلاة لوجود العسر والمشقة.

وكذلك أباح الشارع الإفطار للمسافر والمريض لوجود العسر

والمشقة ، وكذلك طهارة الحيض التي تتجست بوقوع البعر فيها في

البراري إذا كانت النجاسة قليلة لرفع المشقة والعسر .

وكذلك المرأة عورة من رأسها إلى قدمها، ويحرم النظر إلى كل

عورة، ولكن أبيح النظر استثناءً إلى بعض المواضع منها للحاجة

(١) سورة الشفعة من الآية ١٨٥

والضرورة، فكان ذلك استحساناً لكونه أرفق بالناس وتركاً للعسر إلى اليسر^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان صحيحاً، إلا أنه أراد أن يعرف الاستحسان بغايته ومآله أو الهدف منه، وأراد أن يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ومنع غلو القياس. كما أن التخفيف لا بد له من ضوابط، فليست كل مشقة تستوجب العدول والاستثناء، وليس كل يسر مقبولا لدى الشائع، فإذا تحققت الضوابط والشروط اللازمة للتخفيف كان الخروج عن القواعد العامة شائعاً أياً كانت المصطلحات والأسماء.

د- تعريف البيهقي^(٢) للاستحسان:

الاستحسان : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه. ومعنى هذا أن يكون في المسألة قياسان، أحدهما جلي ظاهر، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته، وهذا معنى قوله: إلى قياس أقوى منه، فالقوة منشؤها للعلة^(٣).

(١) راجع هذا التصريف وما قبله في السوط جـ ١٠ ص ١٤٥، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧.

(٢) هو علي بن محمد الحسين عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البيهقي، نسبة إلى بلدة ببلاد ما وراء النهر، تبحر في الفقه الحنفي وأصوله، ومن مؤلفاته أصول البيهقي، وغناء الفقهاء، وتفسير القرآن وغيرها. تولى سنة

٤٨٢هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ٣٢٨)

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ٦، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ الناشر المكتبات الأزهرية.

ويلاحظ على هذا التعريف. بأنه غير جامع لأنه غير شامل لأنواع الاستحسان عند الحنفية، لأنهم يرون أن أنواع الاستحسان. العدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة ، أو العادة.

يقول الأمدي في الاعتراض على هذا التعريف: ويخرج منه الاستحسان عندهم بالعدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة، أو العادة.

أما الكتاب:

فكما في قول القائل " مالي صدقة " فإن القياس لزوم التصديق بكل مال له، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى : ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾^(١). ولم يرد به سوى مال الزكاة.

وأما السنة:

فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا في نهار رمضان،^{*} والعدول عن حكم القياس إلى قوله ﷺ "أكل ناسيا" الله أطعمك وسقاك^(٢).

(١) سورة التوبة من الآية ١٠٣

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (راجع فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث رقم ١٩٣٣ ، كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا. ط دار المعرفة - بيروت لبنان).

وأما العادة:

فكالعدل عن موجب الإجازات في تقدير الماء المستعمل في الحمام، وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة للعادة في ترك المضايقة في ذلك^(١).

وقال ابن الحاجب^(٢) بعد ذكره التعريف السابق: وهذا مما لا نزاع في قبوله^(٣) بناء على أنه نوع من أنواع الاستحسان

ب- تعريف صدر الشريعة^(٤) للاستحسان:

الاستحسان : هو دليل يقابل القياس الجلي^(٥).

ومعنى هذا التعريف : أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليل، عندما يتجاذب المسألة دليلان أحدهما عام والآخر جاري مجرى سنن القياس ويدخل بكلمة دليل في التعريف أنواع الاستحسان عند الحنفية، لأن الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً أو قياساً خفياً.

(١) راجع الأحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) هو أبو عمرو عثمان بن عمر أبو بكر الزوين قتيبة، مالكي، كردي الأصل ولد له إسنا بصعيد مصر سنة ٥١٧ هـ من مؤلفاته مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومنتهى الأمل من علي الأصول والمجدل وغيرها (راجع الفتح المبين جـ ٢ ص ٦٥ وما بعدها ، حسن المحاضرة جـ ١ ص ٢٥٠ ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ).

(٣) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح المعتمد جـ ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو عبيد الله بن مسعود بن عمرو بن عبيد الله بن عمرو - صدر الشريعة الميموني الحنفي قتيبة أصولي له مصنفات كثيرة تولى - رحمه الله - سنة ٧٤٧ هـ (راجع طبقات الأصوليين جـ ٢ ص ١٦١ ، مفتاح السعادة جـ ٢ ص ١٩٠).

(٥) راجع التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر كلمة دليل مطلقة في المقابلة دون ذكر الترجيح ، ولو قال الاستحسان هو العمل بالدليل الذي يقابل القياس الجلي لكان أولى لبيان حقيقة الاستحسان . وعرفه بعضهم بأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل أقوى منه . ويلاحظ على هذا التعريف أن الاستحسان تخصيص العلة والاستحسان ليس بتخصيص^(١) .

هذا وبعد ذكر تعريف المتقدمين والمتأخرين من الحنفية للاستحسان يتبين أن الاستحسان ليس قولاً بالهوى والتشهي من غير دليل وإنما هو دليل شرعي راجع في جملة إلى الأدلة الشرعية . ويعجني في هذا المقام ما جاء في للبحر المحيط : " واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع ، وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة^(٢) ، فأبو حنيفة أجل قدراً ، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنته من دليل قام عليه شرعاً ، فكان الطعن فيه من غير روية ، وقدح من غير وقوف على المراد^(٣) .

٣- تعريف الاستحسان عند المالكية

اشتهر الإمام مالك رحمه الله بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان ، بل إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة كثرتها في الفقه الحنفي . ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى

(١) راجع المرجع السابق ، كشف الأسرار على أصول البردوي ج١ ص ٣ ، الإحكام للأمني ج١ ص ٢١٢ ومسا بعده .

(٢) راجع البحر المحيط للزركشي ج١ ص ٩٧

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البردوي ج١ ص ٣

ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج للقول بالمصالح، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها، حتى اشتهرت به واشتهر بها. وليس معنى هذا أن يقول في كل فتوى : هذا الحكم لمصلحة هي كذا، أو الدليل على هذا هي المصلحة .

ولعل للقائلين إنه لم يقل بالاستحسان إلا في مسائل معدودة يعنون بها المسائل التي صرح فيها بلفظة الاستحسان. وإلا فما معنى قوله " الاستحسان تسعة أعشار العلم "^(١). وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى مثل هذا التحديد، بل قال أصبغ بن فرج المالكي " الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس " وقد بالغ فيه فقال " إن للمغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وأن الاستحسان عماد العلم "^(٢).

ولما قامت الخصومات حول الاستحسان وهل هو دليل شرعي أولا ؟. عرفوه مع اختلاف في العبارات، كل يذهب إلى ناحية، والظاهر أنهم قصدوا إثبات أنه غير خارج عن الأدلة، ونفى أنه تشريع بالهوى ، ولم يقصدوا تفصيل أنواعه واستيعابها، وعباراتهم في التعريف تبدو متقاربة لا تختلف إلا في العموم والخصوص^(٣). وإليك بعضاً منها.

(١) راجع للمواقفات جـ ٤ ص ٢٠٩

(٢) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٨

(٣) راجع تعليق الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلي جـ ٣٦٥ وما بعدها ط الأزهر.

أ- تعريف ابن العربي للاستحسان :

عرف ابن العربي ^(١) الاستحسان بأنه عبارة عن :
" إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقسمه أقساماً أربعة وهي: ترك الدليل للعرف، وتركه للإجماع، وتركه للمصلحة ، وتركه لليمير التافه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق ^(٢).

وقال في أحكام القرآن " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا اطرده ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالكا أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقص العلة ^(٣).

ب- تعريف ابن رشد للاستحسان :

عرف ابن رشد ^(٤) الاستحسان فقال : " الاستحسان الذى يكثر استعماله، هو طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه،

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي ولد سنة ٤٦٨ هـ من تصانيفه المحصول في الأصول، والإنصاف في مسائل الخلاف، والأحكام وغير ذلك توفي سنة ٥٤٣ هـ ودفن بفارس (راجع معهم المؤلفين ج ١ ص ٢٤٢ وما بعدها، الأعلام ج ٦ ص ٢٣٠)

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨

(٣) راجع المرحع السابق : حيث نقله الشاطبي عن ابن العربي وإن كان لا يوجد في أحكام القرآن الكريم له.

(٤) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، أفقه أهل الأندلس. من تصانيفه المقدمات لأوائل كتب المدونة ، البيك والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، مختصر المسوط وغيرها توفي سنة ٥٢٠ هـ (راجع شذرات الذهب ج ٦ ص ٦٢)

فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع. ثم قال: الحكم بظنية الظن أصل في الأحكام. وهذا كما ترى خاص إن فُسر القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين ، وأما إن فُسر بالمعنى الأعم كان مراداً لتعريف ابن العربي السابق^(١).

ج- تعريف الشاطبي وبعض المالكية للاستحسان:

عرف الشاطبي^(٢) وغيره الاستحسان بآئنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ومعنى هذا التعريف: أن من استحسن لم يرجع إلى مجرد نوقه وتشبيهه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك^(٣).

مثال ذلك: لو اشترى سلعة بالخيار ثم مات وله ورثة فقيل يرد، وقيل: يختار الإمضاء. وقال أشهب^(٤): القياس الفسخ، ولكننا نستحسن إن أراد الأمضاء أن يأخذ الأرض من لم يمض إذا امتنع البائع من قبول نصيب

(١) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٩ ط دار الفكر- مالك لأبي زهرة ص ٢٩٨ ط دار الفكر العربي

(٢) هو إبراهيم بن موسى بن محمد الحمصي قرطبي المالكي الشهير بالشاطبي أو إسحاق- محدث، فقيه، أصولي ، مفسر من مؤلفاته عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، والمواقفات في أصول الأحكام، والاعتصام وغيرها

توفي سنة ٧٩٠هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٢٣١)

(٣) راجع المواقفات جـ ٤ ص ٣٠٦، البحر المحيط جـ ٨ ص ٩٨ ، نفاث الأصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧

(٤) هو أبو عمر بن عبد العزيز بن دلود القيس العامري المصري إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسم ، ولد في سنة ١٤٠هـ وتوفي ٢٠٤هـ (راجع الأعلام جـ ١ ص ٣٣٢ ، وفيات الأعيان جـ ١ ص ٢٣٨) .

الراد وقال ابن القاسم^(١) : قلت لمالك : لم يقضي بالشاهد واليمين في جراح العمد الأموال^(٢).

د- تعريف أشبه المالك وبخس المالكية للاستحسان :

فقد عرفوا الاستحسان بأنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. كدخول الحمام، والشرب من السقاء، مما لا يحسد فيه زمان الانتفاع ولا مقدار المأخوذ من الماء.

ويلاحظ على هذا التعريف : أن العادة إذا كانت ثابتة في زمنه عليه الصلاة والسلام فقد ثبت الحكم بالسنة لا بالاستحسان، وإن كانت في عصر الصحابة من غير إنكار منهم فإجماع، وإن كانت غير عادة ، فلين كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجته فقد ثبت بذلك مثل القرض والعريضة، وكذا سائر الترخصات التي وردت أدلتها بالنص أو القياس^(٣).

هـ- تعريف محمد بن خويز منداد للاستحسان :

عرف ابن منداد^(٤) الاستحسان : فقال الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك هو " القول بأقوى الدليلين "

مثال ذلك : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القي بالبناء للحديث فيه، وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء

(١) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٣٢هـ أثبت الناس في منعب الإمام مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة تولى سنة ١٩١هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٥٨، الفتح للبين ج١ ص ١٢٠).

(٢) راجع البحر المحيط ج٥ ص ٩٨، غنائم الأصول ج٥ ص ٤٠٢٧

(٣) راجع هامش المواقفات ج٤ ص ٢٠٦، شرح العضد على المختصر ج٢ ص ٢٨٨

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد الإمام العالم للتكلم، الفقيه، الأصولي، له مصنفات عديدة في الخلاف والأصول، وأحكام القرآن (راجع شجرة النور الزكية ص ١٠٣)

في الرعاف لكان في حكم القى في أنه لا يصح البناء، لأن القياس يقضى بتابع الصلاة ، فإذا أوردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل قال : وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سماء استحسانا فلا مشاحة في التسمية^(١).

وبعد، فهذه تعريفات المالكية للاستحسان ، وهي قريبة من بعضها في المعنى ، ومنها يتبين لنا مايلي:

١- إن الاستحسان عند المالكية ذو وجوه عديدة ، وأكثر ما يكون الاستحسان عندهم عندما يظهر أن موجب القياس يؤدي إلى حرج، فيأتي الاستحسان لدفع هذا الحرج الناشئ من إطراد القياس، كما ورد في تعريف ابن رشد.

٢- إن الاستحسان قد يأتي عند المالكية في بعض الأحيان ليثبت حكما على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، فهو حكم جزئي في مقابلة دليل كلي . وذلك مثل إجازة القرض دفعا للحرج والمشقة ، فإنه ربا في الأصل ، لأن الدرهم بالدرهم إلى أجل أبيح لما فيه من التوسعة والرفق بالخلق^(٢). كما ورد في تعريف الشاطبي ، وكذلك الإفتاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد فيه عدول . ترخصا من قاعدة عامة يؤدي إطرادها إلى وقوع ضرر فيأتي الاستحسان ليدفعه.

(١) راجع هامش الملاحظات جـ ص ٢٠٦ - البحر المحيط جـ ص ٩٧ ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ

ص ٤٠٢٧

(٢) راجع الملاحظات جـ ص ٢٠٦

٣- إن الاستحسان عند المالكية له وجه آخر أكثرها منه وهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس عند التعارض، وهنا يرجع المجتهد إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة إلى المصلحة التي بنى عليها اجتهاده، فالقياس هنا يقتضي حكما يؤدي إلى تقويت مصلحة أو جلب مفسدة، فيقيم المالكية هنا العمل بالمصلحة الراجحة التي هي مقصد الشارع على حكم القياس، وعلى هذا للمعنى بنى الإمام مالك وأصحابه كثيرا من الأحكام الاجتهادية.

٤- إن الاستحسان عندهم ليس تشريعا بالرأي والهوى ، وإنما هو ترك الدليل للدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، ذلك الدليل قد يكون إجماعا ، وقد يكون عرفا، أو مصلحة مرسلة. وهذا ما ورد في تعريف ابن العربي.

٥- إن للمالكية أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسلة مرة أخرى ، وملحظهم في ذلك الاعتبار، فباعتبار إخراجها عن عموم الدليل سموها استحسانا، وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معين ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها، أو إلغاؤها سموها مصلحة مرسلة.

٦- إن الاستحسان عند المالكية غير خارج عن إطار الأدلة الشرعية .
قال الشاطبي : " وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة الثابتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها

بعضاً، كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً^(١).

وقال بعد ذكره تعريف الاستحسان وذكر أمثلة له : "وهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها"^(٢).

وأرى أن التعريف الأقرب إلى الصواب من التعريفات السابقة للاستحسان عند المالكية : هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، كما يؤخذ من مجموع كلامهم في الاستحسان والمصالح.

كما أن الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلاً للخلاف، ولا يرفضه فقيه ، فهو محل اتفاق وغير خارج عن الأدلة الشرعية. وهذا ما رجحه الشاطبي فقال: "إن الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"^(٣) وقال الإبياري : والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان لا على ما سبق بل حاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس^(٤) أ هـ.

(١) راجع الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٩

(٢) راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٩

(٣) راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٦

(٤) راجع البحر المحيط ص ٩٨، نفائس الأصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧

وقال الشيخ أبو زهرة^(١): بعد ذكره تعاريف المالكية للاستحسان "وخلصته عندهم أنه استعمال مصلحة جزئية في موضوع يعارضه فيها قياس عام"^(٢) أ هـ.

٣- تعريف الحنبلي للاستحسان

إن الناظر في أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي يجد أن الإمام أحمد - رحمه الله - قد أخذ بالاستحسان كمبدأ اجتهادي، ولكنه لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنبلي في كتبهم قليلة ومعدودة. ولعل السبب في ذلك تأثر الإمام أحمد بشيخه الإمام الشافعي رضي الله عنهما.

وقد ورد عن الإمام أحمد ما يدل على بطلان الاستحسان، وإنكار العمل به، ولكن الاستحسان الذي قصده هو الاستحسان الذي لا يعتمد على دليل شرعي، بل المعتمد على العقل المجرد والتشهي، وأما الاستحسان الذي يعتمد على دليل من الشرع، فلم ينكره بل عمل به في بعض فروعه فلذلك قال: أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه* ومعنى هذه العبارة أنه يترك القياس بالخبر وهذا هو الاستحسان^(٣).

(١) هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ولد بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ من مصنفاته تاريخ الجدل في الإسلام، أصول الفقه، مذكرات في الوقف، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وغيرها (راجع الأعلام ج ٢٥ ص ٢٥)

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ ط دار الفكر العربي - القاهرة.

(٣) راجع الكوكب المنور ج ٤ ص ٣٤٠، روضة الناظر وشروحاتها ج ١ ص ٤٠٧، المسودة ص ٥٢

وجاء في المسودة : وقد أطلق أحمد القول بالاستحسان في مواضع^(١) أ هـ.

وقال الآمدي : وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد ابن حنبل^(٢) أ هـ.

وقال ابن مفلح^(٣) : أطلق أحمد القول به في مواضع^(٤) أ هـ.

هذا وقد وردت عن الحنابلة تعريفات كثيرة ومختلفة للاستحسان في كتب أصول الحنابلة بعضها مقبول وبعضها مردود، وأغلب هذه التعريفات تتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في تعريفهم للاستحسان، وهما نحن نذكر بعضها منها :

تعريف ابن قدامة للاستحسان :

عرف ابن قدامة^(٥) الاستحسان بثلاثة معان :

أحدها : العُدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة^(٦)، والاستحسان بهذا المعنى دليل عام من كتاب أو سنة عارض

(١) راجع المسودة ص ٤٥١

(٢) راجع الأحكام للآمدي ج٤ ص ٢٠٩

(٣) هو أفضى الفضا برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي الشيخ الإمام ، صنف شرح المقنع في الفقه، وصف كتابا في الأصول توفي سنة ٨٨٤هـ (راجع شذرات الذهب ج٧ ص ٣٣٨ وما بعدها)

(٤) راجع الكوكب المنير ج٤ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٥) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين أبو عبد الله بن قدامة المقدسي من كبار أئمة، صنف ما يزيد على سبعين كتاباً منها العقود الدرية في مناقب ابن تيمية، المحرر، ومسند في الحديث وغيرها توفي سنة ٦٨٢هـ (راجع

الأعلام ج٥ ص ٣٢٦، شذرات الذهب ج٦ ص ١٤١)

(٦) راجع روضة الناظر وشرحها ج١ ص ٤٠٧

دليلاً خاصاً، وخصصه ، وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تخصيص العام إذا صح الخاص .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لمعاني الاستحسان ، لأنه قصره على استحسان النص، كما يترتب عليه كون العدول من المنسوخ إلى الناسخ ، وعن العموم إلى الخصوص استحساناً وهو ليس كذلك^(١).

الثاني: ما يستحسنه المجتهد بعقله^(٢):

وهذا التعريف باطل، لأنه أرجع الاستحسان - وهو دليل شرعي - إلى عقل المجتهد واجتهاده وهذا الاجتهاد مبني على الهوى التشهي. حيث يجعل غير العالم بنصوص الكتاب والسنة مجتهداً^(٣).

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي: إنا نعلم قطعاً، إجماع الأمة قبلهم أن للعالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد - وهو كاستحسان العوالم، ومن لا يحسن النظر. فإنه إنما جاز الاجتهاد للعالم دون العامي ، لأنه يفارقه في معرفة أدلة الشرع، وتمييز صحيحها من فاسدها، وإلا فالعامي أيضاً يستحسن، ولكن يقال لعل مستند استحسانك وهم وخيال لا أصل له، ونحن نعلم أن النفس لا تميل إلى الشيء إلا بسبب مميل إليه، لكن للسبب ينقسم إلى ما هو وهم وخيال إذا

(١) راجع الأحكام للأندلسي ج ٤ ص ٢١٢

(٢) راجع روضة الناظر وشرحها ج ١ ص ٤٠٧، للمستغني ج ١ ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ أن هذا التعريف حكاه الشافعي عن أبي حنيفة لكن الخفية يتكرونها هذا التفسير لما فيه من الشناعة (راجع

البحر المحيط ج ٨ ص ١٠٣، تفتاوى الأصول ج ٩ ص ٤٠٣١

عرض على الأدلة لم يتحصل منه طائل، وإلى ما هو مشهور من أنسنة الشرع، فلم يميز المستحسن ميله عن الأوهام، وسوابق الرأي، إذا لم ينظر في الأدلة، ولم يأخذ بها.

فأبعد استحسان المجتهد عن الأوهام - ورجع به إلى الأدلة الشرعية - فخرج باستحسان المجتهد عن الحكم بالهوى^(١).

على أن هذا التعريف لا يصلح في الحقيقة أن يكون محلاً للفتاع بين أحد من الأئمة، لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالهوى والتشهي، وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

الثالث : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه^(٢).

وهذا التعريف متفق مع تعريف الاستحسان عند متقلمي الحنفية وقد تقدم الكلام عنه سابقاً.

(١) راجع المستصفي ج ١ ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) راجع تعريف ابن قدامة للاستحسان في روضة الناظر ج ١ ص ٢٠٨، للرددة ص ٤٥٢، شرح الكوكب ج ٤

ص ٣٤٠، الإحكام للأندلسي ج ٤ ص ٢١٠، شرح المضد على المختصر ج ٢ ص ٢٨٨، البحر المحيط ج ٨

ص ١٠٣، نقاش الأصول ج ٥ ص ٤٠٢٧، للنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر بيروت - لبنان، الآيات البينات

ج ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، إرشاد الفحول ص ٢٤١

ب- تعريف أبو الخطاب الاستحسان:

عرف أبو الخطاب الاستحسان فقال : والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه^(١).

وهذا التعريف يشمل بعمومه أنواع الاستحسان فموجب القياس يشمل القياس الظاهر، كما يشمل القواعد العامة.

ج- وعرفه بعض الحنابلة فقالوا: الاستحسان ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه^(٢). ويلاحظ أن هذا للتعريف أنه خارج عن معاني الاستحسان ، لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض أو أقوى من بعض، وإنما القوة والأولية تكون للأهلة.

د- وعرفه بعضهم: بأنه ترك القياس إلى قياس أولى منه^(٣). ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع ، فهو يشمل أحد وجوه الاستحسان فقط وهو الاستحسان القياسي.

هذا وبعد عرض بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان نجد أن هناك شبه تطابق فيما بينهم وبين الحنفية في هذه التعريفات ولعل ذلك راجع لكون الذين تعرضوا للاستحسان عند الحنابلة كانوا من المتأخرين ، وقد اطلعوا على معنى الاستحسان بعد أن ضبط واستقر عند متأخري الحنفية.

(١) راجع المسودة ص ٤٥٢

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع المسودة ص ٤٥٣

ولعل أقرب التعريفات إلى الصواب من تعريفات الحنابلة هو تعريف أبو الخطاب القائل بأن الاستحسان هو العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه لشموله أنواع الاستحسان .

- تعريف أبو الحسين البصري للاستحسان -

عرف أبو الحسين البصري^(١) الاستحسان بأنه : ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه ، وهو في حكم الطارئ على الأول .

فقوله : غير شامل شمول الألفاظ يخرج العام ، فإن العام إذا توك لوجه من وجوه الاجتهاد كالقياس مثلاً لا يكون استحساناً إنما يكون ذلك تخصيصاً للعام بالقياس .

وقوله : لوجه أقوى يكون كالطارئ على الأول . قصد به إخراج ترك أحد القياسين للقياس الآخر فلا يسمى ذلك استحساناً ، لأن القياس الذي عمل به ليس طارئاً على الأول ، بل هو موجود ابتداءً .

مثال ذلك : بيع العنب بالزبيب فإنه قد ثبت تحريم بيعه سواء أكان على الشجر أم لا ، قياساً على الرطب . ثم إن الشارع قد رخص في جواز بيع الرطب على النخل بالتمر اليابس لما فيه من الفرق ورفع الحرج

(١) هو محمد بن علي الطيب البصري أحد أئمة المعتزلة ، وكان يشار إليه بالبنان في علم الأصول والكلام من تصانيفه للمعتزلة في الأصول ، وشرح الأصول الخمسة ، وله كتاب في الإمامة وأصول الدين توفي ببغداد سنة ٤٣٦ هـ - (راجع الفتح للمبين جـ ١ ص ٣٧٧ ، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٥٩) .

فَسْنَا عَلَيْهِ الْعَنْب فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، وَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ الْأَوَّلَ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حَكْمِ الطَّارِئِ ، وَلَكِن الْقِيَاسَ الثَّانِي أَقْوَى^(١).

وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ: بِأَن حَاصِلَهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْإِسْتِحْسَانَ هُوَ تَخْصِيسُ الْعِلَّةِ وَهُوَ الْمَعْبَرُ عَنْهُ بِالنَّقْضِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا انْفَرَدَ بِهِ الْحَنْفِيَّةُ وَلَكِنْ أَن نَقُولَ : هُوَ بِهَذَا التَّفْسِيرِ أَعْمُ مِنْ تَخْصِيسِ الْعِلَّةِ فَإِنَّهُ رَجُوعٌ عَنْ حَكْمٍ دَلِيلٍ خَاصٍّ إِلَى مُقَابَلِهِ بِدَلِيلٍ طَّارِئٍ عَلَيْهِ أَقْوَى مِنْهُ ، وَذَلِكَ أَعْمُ.

وَفِي الْإِعْتَرَاظِ عَلَى هَذَا التَّعْرِيفِ يَقُولُ الْبَيْضَاوِيُّ: وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ تَكُونَ الشَّرِيعَةَ كَأَنَّهَا اسْتِحْسَانٌ، لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ الْأَصْلِيَّةَ مَقْتَضِي الْعَقْلِ، وَإِنَّمَا يَتْرَكَ ذَلِكَ لِدَلِيلٍ أَقْوَى مِنْهُ، وَهَذَا الْأَقْوَى فِي حَكْمِ الطَّارِئِ عَلَى الْأَوَّلِ :

ثُمَّ قَالَ يَنْبَغِي أَنْ يَزَادَ فِي حَكْمِ الْحَدِّ قَيْدٌ آخَرٌ فَيَقَالُ: تَرَكَ وَجْهَ مَنْ وَجْهَ الْاجْتِهَادِ مُغَايِرٍ لِلْبَرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَاللَفْظِيَّةِ بِوَجْهِ أَقْوَى مِنْهُ وَهُوَ فِي حَكْمِ الطَّارِئِ عَلَى الْأَوَّلِ^(٢).

(١) رَاجِعْ تَعْرِيفَ أَبُو الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ فِي نَهْجَةِ السُّوْلِ ج ٣ ص ١٤١، وَالْإِمَّاخ ج ٣ ص ٢٠٢ وَمَا بَعْدَهَا، نَفَائِسُ

الْأَصُول ج ٤ ص ٤٠٣٢

(٢) رَاجِعْ الْإِمَّاخ ج ٣ ص ٢٠٢ وَمَا بَعْدَهَا.

وأجاب الصفي الهندي ^(١) على ما ذكره البيضاوي بقوله : فإن البراءة الأصلية ليست وجهاً من وجوه الاجتهاد ، إذ هي معلومة أو مظنونة من غير اجتهاد ، فلا حاجة إلى ما ذكره من التقييد ^(٢).

يقول الأمدي بعد ذكره التعريف السابق : وهذا الحد وإن كان أقرب مما تقدم لكونه جامعاً مانعاً ، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه ، من نص ، أو إجماع ، أو غيره ، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به ، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان ، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية ، ولا حاصل له ^(٣) أ هـ .

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع كذلك ، لأن حاصله أن المجتهد يترك العمل بالدليل الخاص لوجود دليل طارئ عليه أقوى منه ، وليس ذلك مما ينزاع فيه أحد ، لأن العمل بالراجح مجمع عليه .

هذا ومن للصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في ذكر أهم تعاريف الاستحسان ، أجدني مضطراً إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين . من أنه في الحقيقة لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح أن يكون محلاً للنزاع هنا - ولا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً يرجع إلى

(١) هو محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي الفقيه الشافعي الأصولي ولد بالمند سنة ٦٤٤ هـ ، ورحل إلى دمشق ، كان فقيهاً أصولياً متكلاً أدبياً ، من تصانيفه الزبدة في الكلام ، والفاقر في الأصول ، تولى بدمشق سنة ٧١٥ هـ (راجع شذرات الذهب ج٦ ص ٣٦ ، الفتح المبين ج٢ ص ١١٥ ، البداية والنهاية ج١٤ ص ٧٤).

(٢) راجع الإجماع ج٣ ص ٢٠٢

(٣) راجع الأحكام للأمدي ج٤ ص ٢١٣

التسمية فقط ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد يقول الشوكاني^(١): " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد أ هـ.

وقال جماعة من المحققين : " الحق أنه لا يتحقق استحسانٌ مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقاً، وما هو مردود اتفاقاً، وجعلوا من صور الاتفاق على القبول قول من قال : إن الاستحسان العدول عن القياس إلى قياس أقوى ، وقول من قال: إنه تخصيص قياس بأقوى منه، وجعلوا من التردد بين القبول والرد . قول من قال : إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه، لأنه إن كان معنى قوله ينقدح أنه يتحقق ثبوته، والعمل به واجب عليه فهو مقبول اتفاقاً ، وإن كان بمعنى أنه شك، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك وجعلوا من التردد أيضاً قول من قال: إنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس فقالوا: إن كانت العادة هي الثابتة من زمن النبي ﷺ فقد ثبت بالسنة ، وإن كانت هي

(١) هو محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء- من مؤلفاته- نيل الأوطار من أسرار مفتي الأحبار، وإرشاد النعول في الأصول وغيرها توفي سنة ١٢٥٠هـ (راجع الأعلام جـ ٦ ص ٢٩٨).

الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار فقد ثبت بالإجماع، وأما غيرها فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته، فقد ثبت ذلك به، وإن كان شيئاً آخر لم تثبت حجيته فهو مردود قطعاً^(١).

وفي هذا المعنى يقول ابن السمعاني^(٢) : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتبهه من غير دليل، فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد. أ هـ.

وما أسندوه إلى أبي حنيفة من أن الاستحسان حجة عنده، فإنما هو القياس الخفي في مقابل القياس الجلي وليس القول في الدين بالسهو والنشوي^(٣).

وقال الزركشي^(٤) : واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة^(٥). أ هـ.

(١) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٢) هو الحافظ أبو سعد السمعان تاج الإسلام عبد الكريم بن محمد بن منصور المروزي الشافعي - محدث المشرق وصاحب التصنيف والفوائد الغيرة والرحلة الواسعة توفي سنة ٥٦٢ هـ (راجع شذرات الذهب ص ٢٠٣ العم

جـ ٣ ص ٣٨، النهاية جـ ١٣ ص ٢٥)

(٣) راجع تفانص الأصول جـ ١ ص ٤٠٢٨، الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٣

(٤) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن هناد بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ولد في سنة ٧٤٥ هـ من تصانيفه تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط في الأصول، وشرح جمع الجوامع لابن السبكي وغيرها توفي سنة ٧٩٤

هـ (راجع شذرات الذهب جـ ٦ ص ٢٣٤)

(٥) راجع البحر المحيط جـ ١ ص ٩٧

وقال البزدوي - دافعاً عن الإمام أبي حنيفة هذه التهمة : " وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - أجل قدراً ، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنته من دليل قام عليه شرعاً^(١) . أ هـ .
وقال العضد^(٢) : "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه^(٣) . أ هـ .
وقال الإسنوي^(٤) : "وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الأمدى : أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه^(٥) . أ هـ .
وقال المحطى^(٦) بعد ذكره التعاريف والجواب عنها . فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع^(٧) . أ هـ .

ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي ، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به . والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل أقوى منه . فهذا مما لم ينكره أحد

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٤ ص ٣ وما بعدها .

(٢) هو عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الإيجي الملقب بعبد الدين العلامة الشافعي الأصول المتكلم الأديب ، من تصانيفه رسالة في علم الوضع وشرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين نسوي سنة ٧٥٦ هـ (راجع طبقات الشافعية لابن السبكي جـ ٨ ، ١٠ ، الأعلام جـ ٢ ص ٤٨٤ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ١٦٦) .

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن إبراهيم الأموي الشيخ جمال الدين أبو محمد الإسفندي نسيه إلى إسنا وهي مدينة بالقصص الصعيد محضر من مصنفاته التمهيد في الأصول ، ونهاية السؤل ، وغرهما توفي سنة ٧٧٢ هـ (راجع شذرات الذهب جـ ١ ص ٢٢٢ ، حاشيئة المحاضرة جـ ١ ص ٢٤٢)

(٥) راجع نهاية السؤل جـ ٣ ص ١٤١ ، مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ ، الإحكام للأمدى جـ ٤ ص ٢١٣

(٦) هو محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال المحطى نسيه للحملة الكرى من الغربية ولد سنة ٧٩١ هـ - من مصنفاته الجهر الطالع شرح جمع الجوامع ، وشرح الورقات ، مختصر التبيه وغر ذلك كثر نسوي سنة ٨٦٤ (راجع شذرات الذهب جـ ٢ ص ٣٠٣ ، الفتح المبين جـ ٢ ص ٤ الناشر محمد أمين دمع - بيروت - لبنان) .

(٧) راجع شرح المحطى على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٥٣ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

لكن هذا الاسم لا نعرفه اسما لما يقال به بمثل هذا الدليل. وقريب منه قول القفال^(١): إن كان المراد بالاستحسان ما دل عليه الأصول لمعانيها فهو حسن، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل، فهذا لا ننكره ونقول به. وإن كان ما يقبح في الوهم من استنباح الشيء واستحصانه بحجة دلت عليه من أصل ونظير، فهو محذور والقول به غير سائغ^(٢).

وبعد أن ذكرنا أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، إلا أن مسبب خلاف العلماء في تعريف الاستحسان يرجع إلى أن العلماء الذين قالوا به لم ينكروا تعريفا له مضبوطة في الفترة الأولى التي استعملوا فيها لفظ الاستحسان كاصطلاح، حيث كان الكثير من الاصطلاحات لم تدون وتحدد بشكلها ومعناها الذي استقرت عليه أخيرا في عهد المتأخرين من العلماء ومن تلاميذهم ومن بعدهم الذين بينوا معناها وضبطوه حتى اتضحت حقيقته لمن انتقده وأنكره، وذلك بعد للنظر في مناحي أئمتهم والفروع المخرجة على الاستحسان.

أما بعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان، أو إجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة القواعد القياسية فهو حجة من غير تصور خلاف.

(١) هو محمد بن علي بن إسماعيل الشافعي القفال أبو بكر الشافعي عالم في الفقه والحديث واللغة والأدب ولد سنة ٢٩١هـ في الشام وراء نهر سحون له مصنفات عديدة في الفقه وأصوله توفي سنة ٣٦٥هـ (راجع شذرات

الذهب ج٣ ص ٥١، الفتاوى البهية ص ١٠٣)

(٢) راجع البحر المحيط ج٥ ص ٩٩، نفائس الأصول ج٩ ص ٤٠٢٨ .

كما أن من العلماء من نظر إلى الاستحسان بمعناه اللغوي ، وهو من أثبت حكما مستحسنا من عنده بغير دليل من الشرع مقبول، ذلك لأنه يعد تركا للأدلة لمجرد الرأي والهوى ، وقد سبق أن قلنا: إن الإجماع انعقد على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل من أدلة الشرع.

التعريف الراجح

بعد أن ذكرنا تعريف الاستحسان عند القائلين به وقلنا بأنه لا يصلح أحدهما أن يكون محلاً للنزاع. إلا أننا نرجح تعريف الكرخي من الحنفية القائل : بأن الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

لأن هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجئ الحكم مخالفاً لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان - كيفما كانت صورته وأقسامه، يكون في مسألة جزئية - ولو نسبياً - في مقابل قاعدة كلية - فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدي الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه.

ويؤيد ما ذهبنا إليه الإمام الغزالي . حيث قال : والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي ^(١) . أهـ.

(١) راجع المحول ص ٢٧٧، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٥.

ونكر الزركشى نقلا عن إلكيا الهراسي^(١) : أن ما ذكره الكرخي في تعريفه للاستحسان أحسن ما قيل في تفسيره^(٢) . أهـ .

وقال الدكتور / محمد مصطفى شلبي . ولو اعترفوا بما فسره به الكرخي الذي أدرك حقيقة الاستحسان من أنه إخراج الحادثة عن حكم أمثالها إلى حكم آخر لمقتضى ، لكان إلى الصواب أقرب ، ولو أنهم فعلوا ذلك لما بعدوا عن الحقيقة ، وما كان عليهم بعد ذلك إلا بيان ذلك المقتضى ، وتفصيل أنواعه ، ثم لا يضيرهم أن قيل عنه : إنه شامل للتخصيص ، وليكن التخصيص استحسانا ، وهل مثل هذا يترك به الواقع^(٣) ؟ . أهـ .

(١) هو علي بن محمد بن الطبري أبو الحسن الفقيه الشافعي النيسابوري ولد في ذي القعدة سنة ٤٥٠ هـ - كان بارعا ، حسن الوجه ، جهوري الصوت ، حلوا الكلام : فعلا من فحول العلماء ، من مصنفاته شفاة المسترشدين ، وأحكام القرآن الكريم توفي سنة ٥٠٤ هـ (راجع الفتح للمبين ج٢ ص ٦ ، شذرات الذهب ج٤ ص ١٨ ، المعجم ج٢ ص ٣٨٦) .

(٢) راجع البحر المحيط ج ٨ ص ١٠٠ ، نفائس الأصول في شرح المنصور ج٩ ص ٤٠٢٩ .

(٣) راجع تحليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٦٠ ط الأزهر .

المبحث الثاني

في

حجية الاستحسان

تمهيد :

على الرغم مما ذكرناه من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلاً للنزاع إلا أننا وجدنا كتب أصول الفقه - قد دأبت على الكتابة في هذا الموضوع، وصورته على أنه قد حدث فيه خلاف كبير بين الأئمة فمنهم قائل بحجيته وأنه تسعه أعشار العلم، إلى آخر منكر له وأن من استحسّن فقد شرع . وجريا على مذهب إليه هؤلاء. أنكر مذاهب العلماء في حجية الاستحسان لتكون على بصيرة وعلم بما كانوا عليه .

فقد اختلفت مذاهب العلماء في حجية الاستحسان على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة^(١) ، وهم يرون أن الاستحسان يعتبر حجة ، وأنه دليل شرعي تثبت به الأحكام^(٢).

المذهب الثاني:

وعليه : الظاهرية والمعتزلة ، والشيعية ، ونسب إلى الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - حتى نقلوا عنه قوله " من استحسن فقد شرع " يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع - وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة .

وأصحاب هذا للمذهب يرون أن الاستحسان لا يعتبر حجة كما أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو قول في الدين بالهوى والتشهي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي^(٣).

(١) استبعد القرطبي نقل هذا المذهب عن المالكية. فقال: ليس معروفاً عنهم، وثقاه الجلال المحلى من الحنابلة: وأقول لما ليس هناك وجه للاستعداد والقي مع الذي قدمناه عند تعريف الاستحسان عند المالكية والحنابلة، وأعداهما بالاستحسان في الأحكام الشرعية وضربنا على ذلك الأمثلة (راجع حاشية البناي على شرح المحلى جـ ٢ ص ٣٥٢).

(٢) راجع هذا للمذهب في كشف الأسرار على أصول الزيدوي جـ ٤ ص ١٣، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨، هامش الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٥ وما بعدها، الاعتماد جـ ٢ ص ١٣٧ وما بعدها، روضة الناظر جـ ١ ص ٤٠٩، الإحكام للأدي جـ ٤ ص ٢٠٩، المستصفي جـ ١ ص ٢٧٤، غاية السؤل جـ ٣ ص ١٣٩، مناهج العقول جـ ٣ ص ١٣٨، حاشية البناي جـ ٢ ص ٣٥٢.

(٣) راجع للمراجع السابقة، الإحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٧٥٧ وما بعدها ط القاصصة لصاحبها حسين حمازي.

المذهب الثالث:

وعليه جماعة من العلماء وهم يرون أن الاستحسان دليل شرعي غير مستقل فهو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، لأن مآله عند التحقيق العمل بقياس ترجح على قياس آخر، أو ترجيح نص ، أو إجماع، أو ضرورة ، أو مصلحة على قياس^(١).

الأدلة

١- **أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الاستحسان حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول هاك بيانها:

أولاً: أدلتهم من الكتاب : استدلوا من الكتاب بما يلي :

أ - قوله تعالى : ﴿ فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب ﴾^(٢)

وجه الدلالة من الآية :

في هذه الآية الكريمة بشر الله تعالى عباده المؤمنين الذين يستمعون ويتبعون أحسن الأقوال، كما أن الآية ذُكرت في معرض التثنية والمدح على المتبعين لأحسن الأقوال.

(١) راجع التلويح على التوضيح ج٢ ص ١٦٢، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ ط دار سعادت عثمان ، أصول

الفقه الإسلامي للدكتور / بدر أبو العينين بدران ص ٢٠٥ الناشر - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة

والنشر والتوزيع، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٤

(٢) سورة الزمر جزء من الآية ١٧، الآية : ١٨

وفي هذا يقول السرخسي: والقرآن كله حسن ثم أمر باتّباع ما أحسن^(١). أهـ.

وبهذا يكون الاستحسان أمراً مأموراً به فيكون حجة، لأن الممدوح إن كان وارداً مع العقاب على ترك الفعل فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً. إلا أن جانب الوجوب يقوى بالآية التي سأذكرها بعد قليل . فيكون العمل بالاستحسان واجباً^(٢).

يقول الآمدي في رد الاستدلال بهذه الآية بعد ذكرها والجواب عن الآية : أنه لا دلالة له على وجوب اتباع أحسن للقول، وهو محل للنزاع^(٣). أهـ.

ويمكن أن يجاب على قول الآمدي بأن الآية تدل على هذا المعنى وتدل أيضاً على حجية الاستحسان فهي تشمل المعنيين ، وهذا لا مانع منه.

ويقول ابن حزم^(٤) في رد الاستدلال بهذه الآية : وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل : فيتبعون ما استحسنتوا، وإنما قال :

(١) راجع الميسر جـ ١٠ ص ١٤٥

(٢) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ١٣، الميسر جـ ١٠ ص ١٤٥، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٠، الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشيخها جـ ١ ص ٤٠٩، المتصفي جـ ١ ص ٢٧٦، تفتاوى الأصول جـ ٩ ص ٤٠٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور/عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٤

(٤) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أصل جده من فارس، وهو عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ له مصنفات منها الفصل في الملل والنحل، والمغلي في الفقه، وجمهور الأنساب تولى سنة ٤٥٦هـ (راجع البداية جـ ١٢ ص ٩١ وما بعدها، الأعلام جـ ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها).

﴿ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ هذا هو الإجماع للمتيقن من كل مسلم ، ومن قال غير هذا فليس مسلماً وهو الذي بينه الله تعالى بقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ^(١) ﴾ . ولم يقل تعالى فردوه إلى ما تستحسنون .

ومن المحال أن يكون فيما استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق ، ولبطلت الحقائق ، ولتضادت الدلائل ، وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي نهانا عنه ، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلاً أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد . على اختلاف همهم وطبائعهم وأغراضهم ، طائفة طبعها الشدة ، وطائفة طبعها اللين ، وطائفة طبعها التصميم ، وطائفة طبعها الاحتياط ، ولا سبيل إلى الاتفاق على استحسان شيء واحد من هذه الدواعي والخواطر المهيجة ، واختلافها واختلاف نتائجها ، وموجباتها ونحن نجد الحنفيين قد استحسنا ما استحسنه المالكيون ، ونجد للمالكيين قد استحسنا قولاً قد استقبه الحنفيون ، فبطل أن يكون الحق في دين الله مردوداً إلى استحسان بعض الناس ، وإنما يكون هذا - وأعوذ بالله - ولو كان الدين ناقصاً ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه ، أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحسناً شيئاً منه أو من غيره ، ولا لمن استقبه أيضاً شيئاً منه أو من غيره ، والحق حق وإن استقبه الناس ،

والباطل باطل وإن استحسنته للناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى والضلال ، وبالله تعالى نعوذ به من الخذلان .

ثم قال فإن قال قائل قد ظهر الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به.

قيل له وبالله تعالى التوفيق : ليس كما تقول بل لو قال قائل : إنهم رضى الله عنهم أجمعوا على نمه لكان مصيباً، لأن الذين روى عنهم الفتيا منهم رضى الله عنهم مائة وثيف وثلاثون. ولا يحفظ الكثير منهم من الفتيا إلا عن عشرين منهم. ثم لا يحفظ عن أحد من هؤلاء المذكورين تصويب القول بالرأي ، ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روى عنه ما أخبر به من الرأي ، وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم: ثم نعكس عليهم السؤال فنسألهم أعصم أحد من الخطأ بعد رسول الله ؟ فمن قولهم وقول جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي ﷺ . وأن كل من دونه يخطئ ويصيب . فإذا كان الأمر كذلك أيسوغ لأحد أن يقول: إنهم قد أجمعوا على الخطأ ، وأراد تصحيح الخطأ بذلك، وهذا ما لا يقول به أحد ، وإنما يكون الإجماع صحيحاً إذا أجمعوا على صحة القول بشئ ما، ولم يصح قط عن أحد منهم القول بالرأي . وأيضاً فإنه ليس منهم أحد أفتى برأيه في مسألة إلا وقد أفتى غيره فيها بنص رواه أو موافق لنص، فإذا كان الأمر كذلك فإن الواجب عرض تلك الأقوال على القرآن والسنة فالقرآن والسنة يشهدان بصحة قول من وافق قوله النص، لا من قال برأيه وبالله تعالى نتأيد^(١).

(١) راجع الأحكام لأن حزم ج ٥ ص ٧٥٨ وما بعدها.

ويجيب على ذلك: بأن الاستحسان يوافق القرآن والسنة ، لأنه عدول عن القياس العام ، وحكم القاعدة إلى نص من كلام الله ﷻ أو الرسول ﷺ ، أو إلى إجماع أو قياس ، والعمل بالإجماع والقياس عمل بالقرآن والسنة، لأن جحتهما ثبتت بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهدت لجنسها النص بالصحة فالعمل بها عمل بتلك النصوص.

ويقول الغزالي في رد الاستدلال بالآية السابقة : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ^(١). أهـ.

ويجيب عن ذلك: بأن المراد استحسان من هو من أهل النظر والاجتهاد وهم الأئمة المجتهدون فخرج من هم سواهم.

ويقول الزركشي في رد الاستدلال بهذه الآية ، وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن ، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما^(٢). أهـ.

ويجيب عن ذلك: بأن الاستحسان مشتق من الحسن، والأحسن^(٣)، وكلاهما بمعنى واحد فدللت الآية على حجية الاستحسان .

ب- واستدلوا أيضا بقوله تعالى ﴿ واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون ﴾^(٤).

وجه الدلالة : أن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعال تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، وهذا يعنى ترك

(١) راجع للشمسي ج ١ ص ٢٧٧

(٢) راجع البحر المحيط ج ٥ ص ١٠٥

(٣) راجع للمصباح للزهر ج ١ ص ١٣٦ ، لسان العرب ج ٢ ص ٨٧٩

(٤) سورة الزمر الآية ٥٥

بعض واتباع بعض آخر لكونه أحسنأ فهو الاستحسان ثم إن الآية فيها أمر بالوجوب فيكون للمأمور به واجباً ، ولا معنى لحجية الاستحسان إلا هذا^(١).

يقول الأمدي بعد ذكره هذه الآية: إن الله تعالى أمر باتباع أحسن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك^(٢). أهـ.

ويقول ابن الحاجب في الاستدلال بهذه الآية : والأمر للوجوب فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان^(٣). أهـ.

يقول الغزالي معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة: إن إتباع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأكلة فيبينوا أن هذا مما أنزل إلينا فضلاً عن أن يكون من أحسنه وهو قوله تعالى: ﴿ واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم ﴾^(٤) ثم نقول ونحن نستحسن إبطال الاستحسان ، وإلا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم^(٥). أهـ.

يجاب على ذلك:

أن الاستحسان عمل بدليل منزل لأن مرده إلى الأدلة الشرعية.

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول الزيدوي ج٤ ص ١٣، شرح اللمع ج٢ ص ٩٧٢ ج١ -

مؤسسة جواد- بيروت لبنان، روضة الناظر ج١ ص ٤٠٩، الإحكام للأمدي ج٤ ص ٢١٤، شرح العضد

على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٩

(٢) راجع الإحكام للأمدي ج٤ ص ٢١٤

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٩

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥

(٥) راجع المستصفي ج١ ص ٢٧٦ وما بعدها، وأورد الأمدي نفس الاعتراض (الإحكام للأمدي ج٤ ص ٢١٥)

ويقول الشيرازي^(١) معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة أيضاً: وهذا أمر باتباع ما أنزل وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل ، فلا حجة لكم في الآية^(٢). أهـ.

يجاب عن ذلك

بما أجيب به عن الاعتراض السابق كما أن قول الشيرازي هذا مبني على أن الاستحسان قول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل، وهذا مردود وباطل لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين - على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير دليل شرعي - يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

جـ واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا لَهُ فِي الْأَنْوَاحِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَوْعِظَةٌ وَتَفْصِيلًا لِكُلِّ شَيْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا سَأُرِيكُمْ دَارَ الْفَاسِقِينَ﴾^(٣).

وجه الدلالة:

فقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مأمورين بأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به مع وجود الحسن في التوراة، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ،

(١) هو إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الفقيه الشافعي الأصول المورخ الأديب الملقب بحمال الدين، المكنى بأبي

إسحاق، ولد بغيروز آباد بلدة قريبة من شيراز وكان أنظر أعمل زماته وتخصصهم وأكثرهم تواضعاً توفي سنة ٤٧٦

هــ (راجع المعجم جـ ١ ٣٣٤، شذرات النعب جـ ٣ ص ٣٤٩).

(٢) راجع شرح اللع جـ ٢ ص ٩٧٢

(٣) سورة الأعراف الآية ١٤٥

وقد صار الأحسن في شرعنا. لما سبق من الآيات، وحينئذ يكون الاستحسان حجة^(١).

د - واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الآية تدل على أن الله تعالى يريد اليسر والمسهولة لعباده، ولا يريد بهم العسر، وفي الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين^(٣).

ثانياً: دلائلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بقوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على أن ما رآه المسلمون في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، ولولا أنه حق ما كان حسناً عند الله تعالى، فالاستحسان حجة لأنه حسن عند الله تعالى، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسناً، لما كان عند الله حسناً^(٤).

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار للبحاري ج١ ص ١٣، نهاية السؤل ج٢ ص ١٣٩، الأدلة المخطف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو الكارم ص ٢٤٨

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥

(٣) راجع المبوط ج١ ص ١٤٥

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول الزيدوي ج١ ص ١٣ وما بعدها، الإحكام للأزمدي ج١ ص ٢١٤، روضة

الناظر وشرحها ج١ ص ٤٠٩، نفائس الأصول ج٩ ص ٤٠٣٣، البحر المحيط ج٨ ص ١٠٤،

المصنفي ج١ ص ٢٧٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٩٨ .

يقول الآمدي بعد ذكر هذا الحديث : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً^(١). أهـ.

ويقول البخاري^(٢) في كشف الأسرار بعد ذكره هذا الدليل : منأ، فأما وأقواها يعنى في الدلالة على المقصود، إذ المراد بيان حسن ما دل عليه الدليل، وهذا اللفظ يدل عليه بوضعه. إذ الاستحسان وجدان الشيء وعده حالاً استحباب فيدل بوضعه المقصود على ميلان الطبع إلى الشيء والمحبة له، وذلك لا يدل على الحسن الذي هو لا محالة، فإن الطبع قد يميل إلى ما هو قبيح في الشرع والعقل. كالزنا الخمر. ألا ترى أنه استعمل هذا اللفظ في مقام الذم كما في قوله تعالى: ﴿الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة﴾^(٣). وقوله تعالى وشرب: ﴿ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة﴾^(٤). فعرفنا أن الاستحسان أفصح وأقوى من الاستحباب^(٥). أهـ.

يقول ابن الحاجب معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: المسلمون صيغة عموم فالمعنى ما رآه جميع المسلمون حسناً. فيتأول إجماع أهل الحل والعقد لا ما رآه كل واحد حسناً، وإلا لزم حسن ما رآه

(١) راجع الأحكام للآمدي ج٤ ص ٢١٤

(٢) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ولقب بعلاء الدين البخاري. من تصانيفه شرح أصول البيهقي سماء كشف الأسرار، غاية التحقيق على أصول الأصبهاني. توفي سنة ٧٣٠هـ (راجع الفتح المليون ج٢ ص ١٣٦، الفوائد

البهية ص ٩٤)

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣

(٤) سورة النحل من الآية ١٠٧

(٥) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي ج٤ ص ١٣ وما بعدها.

أحاد العوام حسناً ، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله . لأن الإجماع لا يكون إلا على دليل^(١) . أمـ .

أجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث وإن كان يدل بلفظه على حجية الإجماع، فهو يدل أيضاً بمعناه على حجية الاستحسان .

ويقول ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: واحتجوا في الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " وهذا لاتعلمه يستند إلى رسول الله ﷺ من وجه أصلاً، وأما الذي لا شك فيه فإنه لا يوجد ألبتة في مسند صحيح، وإنما نعرفه من كلام ابن مسعود^(٢) . ثم قال : " ولو أتى من وجه صحيح لما كان لهم فيه متعلق، لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنه لم يقل ما رآه بعض المسلمين حسناً فهو حسن، وإنما فيه ما رآه المسلمون " فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن . وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكننا مأمورين بالشئ وضده، وبفعل شئ وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليه ثم يقال: لهم ما معنى قولكم : الاستحسان في هذه المسألة وجه كذا . فجوابهم في ذلك أحد جوابين :

(١) راجع شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٩

(٢) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب المزني من أكابر الصحابة، كان سائس من أسلم، وأول من جهر بالقراءة بحكة، له في الصحيحين ثمانية وأربعون وعلمائة حديثاً، وكان فقيه رأى توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ (راجع الفتح للبين ج ١ ص ٦٩، شذرات الذهب ج ١ ص ٣٨) .

أجدهم: ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبي حنيفة ومالك وهو الذي يروونه أحوط وأخف أو أقرب من العادة المعهودة، أو أبعد من الشناعة، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم ، وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿ ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى ﴾ ^(١) .وبقوله تعالى: ﴿ إن النفس لأمرارة بالسوء ﴾ ^(٢) وبقوله تعالى: ﴿ بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم ﴾ ^(٣) وقال تعالى : ﴿ ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ﴾ ^(٤) . وفي هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحسنت بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله تعالى به ، والشناعة كلها مخالفته ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ .

وجواب لهم ثان أجاب به الكرخي وهو قوله : هو أدق القياسين .
قال ابن حزم : وهذا القول يبطله كل ما نوره إن شاء الله في
باب القياس.

ويقال لهم : إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده،
وببطله فقد صح بطلان دلالة القياس بإقراركم ، وصح بالبرهان

(١) حزه من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات .

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠

الضروري يبطال القياس كله جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضاد، ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهاناً برهاناً أبداً، لأن معنى المضاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشئ إذا أبطله الحق فقد بطل، والباطل لا يكون حقاً في حال كونه باطلاً. وإذا بطل بعض الشئ بعضاً فوجب أن يكون كله باطلاً. لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضاً. فإذا شهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر. فنوع القياس كله متفاسد، مبطل بعضه بعضاً فهو كله باطل.

فإن قالوا : إن الحديث بنقض بعضه بعضاً، وكذلك الآي على سبيل النسخ، وكذلك النظر ، وليس دليلاً على بطلان جميع القرآن والحديث والنظر .

فنقول لهم : هذا تمويه شديد، ولا يجوز أن تبطل آية آية أخرى، ولا حديث حديثاً آخر إلا من طريق النسخ، أو يكون أحد الحديثين ضعيف النقل، فليس داخلًا حينئذ فيما أمرنا بطاعته، وكذلك النظر لأن النظر الصحيح إنما هو البرهان، وإنما تأتي أغاليط وشبه يظن قوم أنها برهان، وليست برهاناً فليس هذا داخلًا في النظر، وليس ما قلتم في القياسين من هذا الباب في شئ لأن القياس ليس فيه ناسخ ولا منسوخ، ولا قلتم أن أحد القياسين مموه ليس قياساً بل قلتم: هما معا قياس، فاستحسننا أحدهما، فتركتم أحد القياسين ، وأبطلتموه، وأنتم تقولون أنه قياس، وإذا كان بعض النوع باطلاً فهو كله باطل، ولا يجوز أن يجمع الحق والباطل نوع واحد أبداً.

ثم يقول : ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنت أنت، واستقبجه غيرك، وبين ما استحسنته غيرك واستقبجته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر، وهذا ما لا انفكاك منه وبالله التوفيق^(١) أهـ .

يجاب عن هذا الاعتراض:

عند ذكر أدلة ابن حزم حيث إنه سيذكر هذا الاعتراض كدليل من الأدلة على عدم حجية الاستحسان ونفيه له كنفية للقياس .
ويقول الإمام الغزالي معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث . ولا حجة فيه من لوجه:

الأول: إن هذا الحديث خبر واحد لا تثبت به الأصول .

الثاني: إن المراد مراه جميع المسلمين لأنه لا يخلو أن يريد به جميع المسلمين أو أحادهم . فإن أراد الجميع فهو صحيح إذ الأمة لا تجتمع على حسن شيء إلا عن دليل، والإجماع حجة وهو مراد الخبر ، وإن أراد الأحاد لزم استحسان العوام . فإن فرق بأنهم ليسوا أهلاً للنظر قلنا : إذا كان لا ينظر في الأدلة فأبي فائدة لأهلية النظر .

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة ، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه ، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأنني استحسنته، ولو قال ذلك لشددوا

(١) راجع الأحكام لاس حزم ج٢ ص ٧٥٩ وما بعدها

الإنكار عليه، وقال من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً. وتكون
شارعاً لنا؟.

وما قال معاذ^(١) حين بعثه إلى اليمن إنني أستحسن،
بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد^(٢) فقط^(٣). أهـ.

أجيب عن ذلك بما يلي:

١- أما كون هذا الخبر خبر آحاد فإن خبر الآحاد تثبت به المسائل
العملية عند جمهور العلماء . كما تثبت به حجية مصادر الاستنباط
الشرعية.

والإمام الغزالي لا يعمل بخبر الواحد، مع أن خبر الواحد يجب العمل
به وإلا لضاع كثير من الأحكام.

٢- أما كون الحديث يدل على حجية الإجماع، فهو أيضاً يدل بمعناه على
حجية الاستحسان ثم إن المراد بالمسلمين في الحديث هم أهل الحل
والعقد ولا يدخل فيهم الصبيان والعوام.

(١) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أنس أبو عبد الرحمن الأنصاري الخزرجي أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأُتي النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين جعفر بن أبي طالب توفي سنة ١٧ هـ
(راجع المعجم جـ ١ ص ١٧، تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ١٩).

(٢) وحديث معاذ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً فقال له كيف تقضى؟
قال أقتضي بما في كتاب الله قال: فإن لم يكن في كتاب الله قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم
يكن في سنة رسول الله قال: أجتهد رأيي قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله (راجع
عروضة الأجهوزي جـ ٦ ص ٦٩ باب حدثنا هشام ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - سنن أبي داود جـ ٣
ص ٣٠٣ باب اجتهد الرأي الناشر - دار إحياء السنة النبوية).

(٣) راجع للمستغنى جـ ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

٣- إن الاستحسان ليس حكماً بغير دليل بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية، أما إن معاذاً لم يقل : استحسن وقال اجتهد فإن الاستحسان هو أيضاً عدول عن قياس ظاهر إلى آخر خفي لما فيه من المصلحة ، والقياس اجتهد فكانه قال : بالاستحسان حين قال بالاجتهاد.

ويقول الشيرازي معترضاً على الاستدلال بالحديث السابق والجواب أن المراد بذلك ما أجمع المسلمون عليه من أهل الحل والعقد، وعندها ما استحسنه أهل الإجماع فهو حسن عند الله ، ويجب العمل به والمصير إليه^(١). أهـ.

ويقول الأمدى أيضاً فإن قوله: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " ^(٢). إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة، ولا يكون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً أن يكون حسناً عند الله وهو ممتنع^(٣). أهـ.

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به على الاعتراض السابق فلا داعي لتكراره.

ثالثاً : دلائلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب بالإجماع فقالوا أجمعت الأمة على دخول الحمام من غير تقدير أجره ، وعوض الماء، وتقدير مدة السكون

(١) راجع شرح التمع ج٢ ص ٩٧٢

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع الإحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٥

واللبث فيه، وكذا شرب الماء من أيدي السفائقين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه، مع أننا نقطع أن الإجارة المجهولة، أو مدة الاستئجار أو مقدار المشتري إذا جهل فهو ممنوع، وقد استحسنت إجارته مع مخالفة الدليل، فلولى أن يجوز إذا لم يخالف دليلاً^(١).

يقول الغزالي في رد هذا الاستدلال: والجواب من وجهين:

الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريبه عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة بسبب الرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح. وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبذله في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء. فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة، وترك المماكسة في العوض، وهذا مدلول عليه من الشرع، وكذلك داخل الحمام مستباح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي، ثم ما يبذله إن ارتضى به

(١) راجع شرح العبد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٩، البوط جـ ١ ص ١٤٥ التوضيح جـ ٢ ص

١٦٢، الإحكام للأندلسي جـ ٤ ص ٢١٤، الاحتصام جـ ٢ ص ١٣٧، شرح التلميح جـ ٢ ص ٩٧٣،

روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤٠٩، البحر المحيط جـ ٤ ص ١٠٤ وما بعدهما، فتاوى الأصول جـ ٩ ص

٤٠٣٣، الآيات البينات جـ ٤ ص ٢٦٥

الحمامي ، واكتفى به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بالمزيد إن شاء.
فليس هذا أمراً مبدعاً ، ولكنه منقاس والقياس حجة^(١). أهـ.

وبما جاء على ذلك:

بأن الإجماع انعقد بعد وفاته ﷺ على إباحة هذه الأشياء، وإن كانت على خلاف القياس الذي يقضى بعدم جوازها، لكن قلنا: بجوازها استحساناً دفعاً للحرص والمشقة فكان العدول هنا من القياس العام إلى الإجماع للمصلحة التي اقتضت العدول.

ويقول الأمدي معترضاً على هذا الاستدلال وعن الإجماع على الاستحسان ما ذكره : لا نعلم أن استحسانهم هو الدليل على صحته بل الدليل ما دل على استحسانهم له وهو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ ، مع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك^(٢). أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الأمور وإن كانت ثابتة بالسنة من جهة تقريره ﷺ لهم عليه أو علمه به ولم ينكر عليهم . فإنها جاءت على خلاف القياس وعدلنا عن هذا القياس إلى السنة استحساناً وهذا ما يسمى بالاستحسان بالنص.

ويقول الزركشي معترضاً على هذا الاستدلال : وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان^(٣). أهـ.

(١) راجع المستصفى جـ ١ ص ٢٧٩ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـ ١ ص ٤١١

(٢) راجع الأحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٥

(٣) راجع البحر المحيط جـ ٥ ص ١٠٥

أجيب عن ذلك:

سلمنا أن المصير في هذه الأمور بالإجماع لكنها شرعت خسلاف القياس ، لأن القياس يقضى بعدم جوازها للجهالة فيها المفضية إلى المنازعة لكن عدلنا عن القياس إلى الإجماع بالاستحسان للمصلحة فكان إجماعاً مستحسنأ.

وابعا : أدلتهم من المعقول:

استدل القائلون بأن الاستحسان حجة بالمعقول، وقد انحصرت في ثلاثة أمور :

الأول: أن الاستحسان ثبت بالأدلة المتفق عليها، فكان حجة ، لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس، وإما بالمصلحة ، وإما بالعرف .

الثاني: أنه ثبت من استقراء الوقائع وإحكاكها ، أن إطراد القياس أو استمرار العموم، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة للناس، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات تجعل الحكم فيها بموجب القياس يجلب المفسدة، أو يفوت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس. أن يفتح الله للمجتهدين باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس، إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع للمفسدة، وهذا هو الاستحسان.

الثالث: أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية . أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسدة، فحرم الميتة والدم،

وأباحها للمضطر، وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه، واستثنى من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. ورسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في المسلم^(١). وهو عدول عن عموم الحكم، أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول^(٢).

قال صدر الشريعة : أنا نعني به أى بالاستحسان - دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلي^(٣). أهـ

وقال صاحب التلويح^(٤) : إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة^(٥). أهـ

٢- أدلة المذهب الثاني : المنكرين لحجية الاستحسان

بعد أن ذكرنا أدلة المثبتين للاستحسان وحجيته، والاعتراضات الواردة عليها، فإننا نذكر أدلة المنكرين للاستحسان وأبدأ بأدلة الشافعية ثم بأدلة الظاهرية ومن معهم.

(١) سيأتي هذا الحديث بعد قليل في أنواع الاستحسان .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٤ ص ٥٠، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها، أصول السرعي جـ ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، شرح المنار وخواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الهداية وشرحها جـ ٧ ص ٧١

(٣) راجع التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣

(٤) هو سعد الدين بن مسعود بن عمر الفشتاذي من أئمة العربية والبيان والمطابق، ولد سنة ٧١٢ هـ من كبة لمذهب المنطقي، والمطوّل، ومقاصد الطالبين بوحاشية على شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح (راجع الأعلام جـ ٧ ص ٢١٩

(٥) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢

أولاً: أدلة الشافعية:

أبطل الإمام الشافعي الاستحسان حتى أنه عقد لذلك فصلاً قائماً بذاته في كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التي ساقها ، ومنها تعرف على أي أنواع الاستحسان ينطبق، وهي تتلخص في أدلة ساقها في مواضع منشورة من الرسالة، وكتاب إبطال الاستحسان يمكن تلخيصها فيما يلي:

١- إن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً، أو حملاً على نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منهما لم من غيرهما ؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى: ﴿ أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَتْرَكَ سُدًى فَالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالاً لنص يناقض تلك الآية الكريمة وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي في الأم : فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله ﷻ: ﴿ أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَتْرَكَ سُدًى ﴾ فلم يختلف أهل العلم بالقرآن - فيما علمت- أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به. فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى، ورأى أن قال : أقول بما شئت، وأدعي

ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنة، فخالف منهج النبيين ،
وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين.

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحى إليه ، وانتظاره
الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين
الناس بما أوحى إليه به. فقد قال الله ﷻ لنبيه عليه الصلاة والسلام ﴿أتبع
ما أوحى إليك من ربك﴾^(١). وقال تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل
الله ولا تتبع أهواءهم ﴾^(٢). ثم جاءه قوم فسألوه عن أصحاب الكهف
وغيرهم فقال : أعلمكم غداً يعني أسأل جبريل ثم أعلمكم فأنزل الله ﷻ
﴿ولا تقولن لشيئ إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾^(٣). وجاءته امرأة
أوس بن الصامت^(٤) . تشكو إليه أوساً فلم يجبها ^(٥)حتى أنزل الله ﷻ فيه
﴿ قد سمع الله قول للتي تجادلن في زوجها وتشكني إلى الله ﴾^(٦).

٢- استدل بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول
وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن
كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾^(٧). وبقوله

(١) سورة الأنعام من الآية ١٠٦

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩

(٣) سورة الكهف الآية ٢٤

(٤) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أحمز بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن الخزرج الأنصاري . نحو عبادة بن
الصامت ذكروه فيمن شهداً بدمراً والمشاهد، كان أول من ظاهر في الإسلام من بنت عم له توفي ٣٤ هـ (راجع

الإصابة جـ ١ ص ١٣٧)

(٥) راجع الأم جـ ٧ ص ٢٩٨

(٦) سورة المجادلة من الآية ١

(٧) سورة النساء الآية ٥٩

تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾^(٢).

وجه الدلالة:

دللت هذه الآيات على أن للمؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ، وعلى ذلك يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصاً أو دلالة ، والإجماع مستمد من السنة النبوية ، فالعمل به عمل بالسنة ، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة ، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعاً للكتاب ولا السنة ، وهو شئ غير الإجماع والقياس ، فالأخذ به إذا زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلاً ومربوداً^(٣).

٣- لا يجوز للمجتهد الحكم إلا عن طريق النص ، أو الإجماع ، أو القياس عليهما ، وأن الاجتهاد بطريق الاستحسان ، غير داخل في اتباع النص أو الإجماع ، ولا في اتباع القياس عليهما.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ، ولا في القياس. ثم قال ، أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبي ﷺ

(١) سورة الحشر من الآية ٧

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠

(٣) راجع الأم جـ ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها.

بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.

وقال أيضاً : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة ، والإجماع والآثار، وما وصفت من القياس عليها^(١). أهـ

وقال في الأم: وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ : فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة، فإن قال : وما النص والجملة . قيل : النص ما حرم الله، وأحل نصاً؛ حرم الأمهات، والجذات، والعمات، والخالات، ومن ذكر معهن، وأباح من سواهن وحرم الميتة والدم، ولحم الخنزير، والنفوحش ما ظهر منها وما بطن ، وأمر بالوضوء فقال: ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ﴾^(٢).

فكان مكتفي بالتنزيل هذا عن الاستدلال فيما نزل فيه مع أشباه له. فإن قيل فما للجملة ؟ قيل : ما فرض الله من صلاة، وزكاة، وحج فدل رسول الله ﷺ كيف الصلاة، وعددها، ووقتها والعمل فيها، وكيف الزكاة، وفي أي المال هي، وفي أي وقت هي، وكما قدرها، وبين كيف الحج والعمل فيه، وما يخل به فيه، وما يخرج به منه^(٣): أهـ

(١) راجع الرسالة للشافعي ص ٥٠٥ إلى ص ٥٠٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

(٢) سورة المائدة من الآية ٦

(٣) راجع الأم ج ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها.

٤- إن الاجتهاد بالاستحسان أساسه العقل وفيه مستوى الجاهل والعالم ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خير. لجواز ذلك أيضاً لغيره من العوام- أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضاً، وهذا لا يجوز بالاتفاق لأن الاجتهاد لا يجوز إلا لمن جمع آلة الاجتهاد، وكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس ؟ فقلت لايجوز هذا عندي لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر- بالقياس على الخبر- ، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول- من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .

وقال ولو قال : بلا خبر لازم ، ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً^(١) . أ.هـ .

وقال الشافعي في الأم : ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ، ولا قياس عليه. كان محجوجاً. بأن معنى قوله: أفتل ما هويت ، وإن لم أؤمر به - مخالف معنى الكتاب والسنة - فكان محجوجاً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل ما هو ؟ قيل : لأعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتي، ولا يحكم برأى نفسه. إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس. من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل - لتفصيل للمشتبه.

(١) راجع الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها.

فإن زعموا هذا، قيل لهم : ولما لم يجز لأهل العقول التي تفوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن ، والسنة، والفتيا- أن يقولوا فيما قد نزل، مما يعملونه معاً . أن ليس فيه كتاب، ولا منة، ولا إجماع، وهم أوفر عقولا. وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم^(١) ؟ أ.هـ

٥- إن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام كثيرة مختلفة في المسألة الواحدة لا ضابط لها، ولا يتبين وجه الحق فيها.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي في الأم : أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة - ليس فيها نص ولا قياس - وقال استحسن ، فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن ، فيقال: في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم حيث شاعوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه^(٢). أ.هـ

٦- إن النبي ﷺ ما كان يفتي باستحسانه ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت علي كظهر أمي . فلم يفت

(١) راجع الأم ٧٥٠ ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) راجع الأم ٧٥٠ ص ٣٠٧

باستحسانه. بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وكفارتها^(١). ومسل
عن وجد مع امرأته رجلا ويتهما فانتظر حتى نزلت آية اللعان^(٢)
ولو كان لأحد أن يفتي بذوقه الفقهي، لو باستحسانه، لكان سيد
المرسلين محمد ﷺ : فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن
الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة
حسنة لقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿لقد كان لكم في رسول الله أسوة
حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر ونكر الله كثيراً﴾^(٣).

٧- إن النبي ﷺ استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه، وأفتوا
بأستحسانهم، فقد أنكر بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركا لاذ بشجرة،
واستنكر على أسامة بن زيد^(٤) عندما قتل رجلا قال لا إله إلا الله لأنه
قالها تحت حر السيف، ولو كان الاستحسان جائزا ما استنكر عملهم^(٥).

(١) وهي قوله تعالى "الذين يظاهرون من نسائهم ما هن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وألم لم يقولوا مكرًا من
القول وزورًا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودوا لما قالوا فتحرير رقبته من قبل أن يناسا
ذلكم توعدون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يناسا فمن لم يستطع
فإطعام ستين مسكينًا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم " . الآيات ٣٠، ٣١ من
سورة المائدة.

(٢) وهي الآيات ٩٤، ٩٥، ٩٦، من سورة النور.

(٣) سورة الأحزاب من الآية ٢١

(٤) هو بن حارثة بن عبد العزيز بن إيرى القيس بن عامر بن النضال بن حارثة الكلبي، حب رسول الله ﷺ وابن جبهه،
وهو الذي قال عنه عمر المدخلي أن أسامة وزيداً عليهما قطعة قد عطاها يوسهها، وبدأت أفداهما فقال إن هذه
الأقدام بعضهما من بعض توفي سنة ٥٤ هـ (راجع المعبر ج ١ ص ٤٢، طبقات ابن سعد ج ٤ ص ٦٢).

(٥) راجع أدلة الإمام الشافعي على إبطال الاستحسان في الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها، الأم ج ٧ ص ٢٩٨ وما
بعدها، البحر المحيط ج ٥ ص ١٠٤، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٢ وما بعدها، بحث في الأدلة
المختلف فيها الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٣ وما بعدها، الأدلة المختلفة فيها لأسنادي
الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧ وما بعدها ط الجبلاوي شرا - مصر.

وبعد فهذه أبرز الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال الاستحسان ، وأنت ترى أن هذه الأدلة والمعاني لا تصلح محلاً للنزاع. لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره من العلماء ، فالاستحسان الذي رده الشافعي هو المبني على الرأي المحض ، فإن هذا المعنى لا يقول به أحد ممن عملوا بالاستحسان ، والذي قال به الحنفية والمالكية والحنابلة شيء آخر غير هذا ، وهم أجل قدرأ وأشد ورعأ ، وخوفاً من الله تعالى من أن يقولوا في دين الله بالنشهي والعقل من غير الاعتماد على دليل شرعي.

على أن الإمام الشافعي مصيب في رأيه، وما قاله هو الحق، فمن استحسن بالمعنى الذي أراده فقد شرع وتجراً على الله ورسوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان بهذا المعنى، ولو علم الشافعي مراد غيره من الاستحسان الاصطلاحي الذي استقر معناه، وضبط بعد عصوه على يد المتأخرين من الحنفية والمالكية لما أنكره، وكيف ينكره وقد عمل به في واقع الأمر في بعض الفروع لفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس ، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيراً من مسائل الاستحسان.

قال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد^(١). أهـ.

وقال صاحب التلويح: لما اختلفت العبارات في تفسير الاستحسان مع أنه يطلق في اللغة على ما يهواه الإنسان ، ويميل إليه وإن كان

(١) راجع إرشاد الفحول ص: ٢٤١

مستقباً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه، وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم للدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً، أو قياساً خفياً وقع في مقابلة قياس تسبق إليه الإقحام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف^(١). أهـ.

ويقول أبو زهرة : بعد ذكره للأدلة السابقة وأن هذه الأدلة كلها لا ترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف فإن كل أنواع الاستحسان للحنفي لا يرد عليه اعتراض من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الإمام الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صورته ضرب من ضروب للقياس، وفي الأخرى اعتماد على النص، أو الإجماع، أو الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف للنص، فأولى أن يخالف بها للقياس^(٢). أهـ.

(١) راجع الطلوع على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٥٤

وقال الماوردي^(١) : فلم يخل ما استحسنته الإمام الشافعي ﷺ من دليل اقترن به، والاستحسان بالدليل معمول به، وإنما تتكرر للعمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل^(٢). أمـ.

وخلاصة ما ذكره الشافعي عن إبطال الاستحسان، يفيد أنه أنكر العمل بالاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي، وأما ما يستند إلى دليل شرعي فهو جائز عنده، كما هو جائز عند غيره.

ثانياً : أدلة ابن حزم ومن معه على نفيهم الاستحسان تبعاً لنفيهم القياس: فقد استدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى: ﴿ فَبِإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾^(٣).

فقد أمر الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون ، وإذا لم يبق إلا الاستحسان المطلق : فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو، ويصير الدين هملاً. غير حقيقة، وحراماً وحلالاً معاً، وهذا باطل فبطل القول بالاستحسان.

٢- من الباطل أن يكون الحق في دين الله ﷻ مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما هذا - وأعوذ بالله- لو كان الدين ناقصاً . فإما

(١) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المصري الشافعي، مصنف الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، وعمه ذلك، كان إماماً في الفقه والأصول والتصنيف بصراً بالعربية، توفي سنة ٤٥٠هـ (راجع ذخرات الذهب جـ ٣ ص ٢٨٥)، طبقات الشافعية للسبكي جـ ٣ ص ٣٠٣.

(٢) راجع أدب القاضي للماوردي جـ ١ ص ٦٦٠

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩

وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله، منصوب عليه، أو مجمع عليه، فلا معنى لمن استحسّن شيء منه، أو من غيره، ولا لمن استقبّح شيئاً منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبّحه الناس، والباطل باطل وإن استحسّنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوى والضلّال.

٣- إن الاستحسان الذي كانوا عليه فيما قارب عصر أبي حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط، أو أخف، أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ إِلَّا مَا رَحِمَ رَبِّي﴾^(٢). ويقول تعالى: ﴿يَلِ اتَّبِعِ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَهْوَاءَهُمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٣). ويقول تعالى: ﴿وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ﴾^(٤) لبطلت هذه الآيات أن يتبع أحد ما استحسّن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد للمؤمنين من الله خالقهم، ورزقهم ، وباعث للرسول إليهم، والاحتياط كله اتباع، ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفته، ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات.

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩.

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠.

الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ

٤- قوله تعالى: ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين﴾^(٣).

فقد أوضحت هذه الآيات الكريمات. أن القرآن قد اشتمل على جميع الأحكام، فلا توجد حاجة لغيره لإثبات الأحكام كالقياس، والاستحسان ، لأن القرآن لم يترك حكماً إلا وقد بينه.

٥- قوله تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾^(٤). وقوله تعالى : ﴿وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون﴾^(٥).

فقد نهى الله تعالى في هاتين الآيتين عن القول بغير علم، كما نهى عن اتباع الظن، إذ أن القول بغير علم لا يغني من الحق شيئاً فيكون منهياً عنه بطريقة المنطوق، وحينئذ فإن العمل بالاستحسان يكون منهياً عنه، لأنه قول بدون علم كالقياس سواء بسواء.

٦- قوله تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾^(٦).

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨.

(٢) سورة النحل من الآية ٨٩.

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

(٤) سورة الإسراء من الآية ٣٦.

(٥) سورة البقرة من الآية ١٦٩.

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٩.

إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ بالحكم بين الخلق بما أنزل الله تعالى ، وحينئذ فإن الحكم بغير ما أنزل الله يكون خلافاً وبدعة، وهذا ما نهت عنه الآية الكريمة مفهوماً، والاستحسان لم يكن فيه حكم الله تعالى، وحينئذ يكون العمل به مخالفاً لما أمر الله به ﷺ .

٧- واستدلوا على إبطال الاستحسان. بإجماع الصحابة على عدم استعمال الرأي ، والاستحسان فرع منه ومن ذلك قول عمرو^(١) :
 " إياكم وأصحاب الرأي فبتهم أعداء المنن أعتهم الأحاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا ، وأضلوا " (٢).

هذا ويعد عرض أدلة ابن حزم على نفيه الاستحسان كنفه القياس فإنه يمكن أن يرد عليه بما يلي :

١- إن ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر العمل به، ومن تعريفات الاستحسان أنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه* وقد ثبتت حجية القياس عند جميع الأئمة بالكتاب والسنة فلا معنى لمخالفته.

٢- إن الاستحسان راجع إلى الأدلة المتفق عليها لأنه عبارة عن استثناء من للقواعد العامة سواء كانت نصاً وإجماعاً، أو قياساً. فالرد بالاستحسان يكون رداً إلى كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ.

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح- القرشي العدوي أبو حفص، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة- يوقع بالخلافة يوم وفاة سيدنا أبي بكر رضى الله عنهما، وهو أول من وضع التفرقة المصحري. طبعه أبو لؤلؤة المجوسي بخنصر وهو في صلاة الصبح تولى سنة ١٣هـ- (راجع الإصابات جـ ٧ ص ٧٤، البداية جـ ٣ ص ٣١، وشذرات الذهب جـ ١ ص ٢٣)

(٢) هذا الأثر رواه ابن عبد البر من طريقة الشافعي عن عمر بن حريث عن عمر بن الخطاب (راجع جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان)

٣- إن قوله " ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوه بدون برهان إلخ فيرد عليه : بأن الاستحسان لم يكن قولاً بدون دليل حتى يؤدي ما ذكره من أمور.

٤- إن قوله : بأن الاستحسان كله ظنون فاسدة ، والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى ورسوله ... إلخ.

يجاب عن ذلك :

إن الاستحسان ليس قولاً بما اشتبهت النفوس دون دليل، حتى يكون الأخذ به تبعاً للهوى أو الظنون الفاسدة، أو يكون الأخذ بما تمليه النفس الأمارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، بل هو اتباع للنصوص، أو الإجماع، فالعمل به عمل بدليل صحيح شرعاً. وأما قوله : والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ ... إلخ.

فيقال له : إن العمل بالاستحسان إنما يشرع عندما يكون إطراد العمل بالقياس مؤدياً إلى الغلو والوقوع في الظلم، أو وقوع الحرج والمشقة على المكلفين، فإن هذا العمل أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والظلم عن المكلفين، وقد قال الله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^(١).

٥- إن قوله بأن القرآن اشتمل على جميع الأحكام إلخ فيقال له : بأن للقرآن الكريم حوى أصول الدين وقواعد الأحكام العامة، ونص على بعضها، وترك بيان بعضها الآخر لرسول الله ﷺ ، وحيث ثبت أن الله

(١) سورة الحج من الآية ٧٨.

أرسل رسوله ليبين للناس أحكام دينهم، ووجب عليهم اتباعه كان بيانه للأحكام بياناً للقرآن، والاستحسان في جملته راجع إلى القرآن أو السنة، أو إلى غيرهما كما سبق للقول.

٦- إن قوله: بأن الله نهى عن اتباع الظن إلخ.

فيقال : له إن الظن المنهي عنه يجب أن يكون خاصاً بالأصول دون الفروع، لأن الفروع يكتفي فيها بالظن فالعمل فيها بالظن غير منهي عنه.

٧- قوله إن الله أمر رسوله أن يحكم بين الناس بما أنزل الله إلخ.

فيقال له إن الاستحسان كما سبق للقول راجع في جملته إلى الأدلة المتفق عليها سواء أكانت نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وليس حكماً بالهوى والتشهي من غير دليل .

٨- قوله إن عمر بن الخطاب حذر من أصحاب الرأي .. إلخ

فيقال له إن نهى عمر بن الخطاب من استعمال الرأي، إنما المراد به الرأي المبني على الهوى، وهذا لا يجوز باتفاق الأئمة ، وأما الرأي المبني على دليل فإنه لا ينكره أحد : كما أن النبي ﷺ أقر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على اجتهداهم، والعمل برأيهم في كثير من المسائل، ولو كان المسلمون ممنوعين من إعمال الرأي والاجتهاد في حمل فرع على أصل، وفي إعمال قياس خفي في مقابلة قياس جلي لما أقرهم النبي ﷺ على العمل برأيهم، وليبين لهم حكم ذلك ، ولكنه لم يبين فدل ذلك على أنه جائز.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة معلقاً على هذه الأدلة السابقة لابن

حزم : وإن نظرة واحدة في هذه الأدلة نجدها تبني على أصليين:

أحدهما : أن النصوص القرآنية والنبوية قد أتت بكل الأحكام لازمها ونقلها ومكروها، ومباحها .

الثاني : أن القياس زيادة على النصوص الكاملة لعمل الإنسان لا بشرع الأديان.

وبمناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت بكل شيء، ولم تبق شيئاً من غير بيان بالعبارة، أو الإشارة ، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان على العبارة وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يوسعون معنى الدلالة، فيقولون إن الدلالة على الأحكام بالفاظها، وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، في جملة نصوصها وعامة أحوالها.

فإذا قال الشارع مثلاً : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ﴾^(١). كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة ، وفيه دلائل تشير إلى أن كل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب. إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ﴾^(٢). فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراماً بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم له القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص

(١) سورة المائدة من الآية ٩٠

(٢) سورة البقرة من الآية ٢١٩

كما بينا وإذا كان القياس إعمالا للنص، فيكون من بيان الشريعة ، وإذن ينهدم الأصل الثاني، وهو منافاة القياس لكمال النص.

وقد قلنا : إن تعليل النصوص هو أساس الخلاف بين مثبتي القياس ونفاته فنفاته نفوا التعليل فقصروا النصوص على العبارة ، ومثبتوه أثبتوا التعليل، فاعتبروا القياس إعمالا للنصوص.

وفي الحقيقة أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصوص، فقد أدامهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة، فقد قرروا أن بول الأدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعدم النص، وأن لعاب الكلب نجس، وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

ومن هذا القول يتضح لنا أن للظاهرة ومن معهم قد وقفوا عند النصوص الواردة فقط ، ولم يتوسعوا في الأدلة، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، بخلاف الجمهور من العلماء حيث إنهم أخذوا بالنصوص الواردة وبالقياس المبني على أصوله على الأدلة ، لوجود علة بين الفروع والأصل، وبروح الشريعة في رفع الحرج والمثقة على الناس، كما أنهم قالوا بتعليل الأحكام، واستعمال الرأي ومنه الاستحسان الذي هو إعمال قياس خفي في مقابل قياس جلي فكان الخلاف بين الجمهور والظاهريين واسعاً في الأمور التي أخذ بها الجمهور.

ولم يكن ما فعله الجمهور على غير سند، بل اتبعوا نهج الأوليين من الصحابة والتابعين من أجل هذا قيص الله تعالى لشريعته من يدافع عنها، ويبطل حجج ابن حزم وغيره، فقد تصدى لأرائه ابن القيم

الجوزية^(١) في كتابه أعلام الموقعين، وذكر كثيراً من الشبه التي ساقها ابن حزم وفندها ورد عليها واحدة بعد الأخرى حتى هوت جميعها ولم تقم له ولأمثاله قائمة^(٢).

وبعد ذلك تبين أنه لا يوجد دليل من الأدلة التي ساقها ابن حزم لإبطال العمل بالاستحسان يصلح لمقصوده.

دليل المذهب الثالث:

القائل بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً .

استتلوا: بأننا لو نظرنا إلى كل نوع من أنواع الاستحسان ، يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره، هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة.

فالقياس الخفي الذي ترجع على قياس جلي، حكمه ثابت بالقياس غاية الأمر: أن المجتهد رجح أحد القياسين ، لأن مناسبته أظهر وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى، وكذا الاستحسان الذي ثبت بالنص، وقدم على القياس، والحكم الثابت بالعرف، أو للضرورة، أو المصلحة،

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ من مصنفاته إغارة اللفهان من مصائد الشيطان، وتلبيس إبليس وأعلام الموقعين عن رب العالمين وغير ذلك (راجع هدية المارفين جـ ٢ ص ١٥٨)

(٢) راجع أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان، وما أجيب به عن هذه الأدلة في الأحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٨ وما بعدها، جـ ٧ ص ١٠٥٥ وما بعدها، شرح المعتمد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها، التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٠٦ وما بعدها، غاية السؤل جـ ٢ ص ٢١ وما بعدها، مناهج العقول جـ ٢ ص ١٧ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢١٠ وما بعدها، أعلام الموقعين جـ ١ ص ٢ وما بعدها الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٥ وما بعدها.

وكلها أحكام ثبتت بالأدلة الشرعية ، فليس هناك دليلاً مستقلاً يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص، والإجماع والقياس يسمى استحساناً^(١).

ولعل سائلاً يسأل ويقول ؟ إذا كان الاستحسان راجعاً إلى الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها وليس دليلاً شرعياً مستقلاً فلماذا سمي هذا النوع من الأدلة بالاستحسان؟ وخصوصاً إذا وجدنا أن الاستحسان الذي مسنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي مسنده العرف يكون ثابتاً بالعرف، والذي مسنده قياس خفي ترجح على قياس جلي نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس.

فأجاب المرخسي عن هذا السؤال بقوله : سمي بالاستحسان للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله، وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التفسير ، وهذا نصب على المصدر، وهذا نصب على الظرف، وهذا نصب على التعجب، وما وضعوا هذه العبارات إلا للتمييز بين الأدوات الناصبة ، وأهل العروض يقولون: هذا من البحر الطويل، وهذا من البحر المتقارب، وهذا من البحر المديد، فكذاك استعمال علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً، ولكونه مائلاً عن سنن القياس الظاهر، فكان هذا الاسم

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العنسين بسدران ص

٢٠٦، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧

مستعاراً لوجود معنى الاسم فيه، بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء . ثم أطلقت على العبادة المشتمة على الأركان من الأفعال والأقوال لما فيها من الدعاء عادة^(١) أهـ .

وأرى أن هذا المذهب لا يخالف المذهب الأول للجمهور إلا في كون الاستحسان هل هو دليل مستقل قائم برأسه. أم أنه دليل غير مستقل وهو يرجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى ؟

فكثير من العلماء الذين يرون أن الاستحسان حجة يرون أنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو دليل راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وتسميته بالاستحسان للتمييز بينه وبين الدليلين المتعارضين، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً.

وبعض العلماء يرون أن الاستحسان دليل مستقل كالقياس سواءً بسواء. وهذا الخلاف لا يترتب عليه كثير فائدة لأن كلا من الفريقين يرون أن الاستحسان حجة يجب العمل به.

هذا وبعد عرض أقوال العلماء في حجية الاستحسان، وأدلة كل قول يتبين لنا أن الاستحسان حجة يجب العمل به، وهو مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم، حيث ثبت أنها لا ترد على الاستحسان الحنفي ، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، وأن اعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، كما أن أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان كلها قد ردنا عليها حتى

(١) راجع أصول الشرح ص ٢٠٠ وما بعدها.

هو تجميعها بما لا يدع مجالاً للشك أنها باطلة . كما أن أدلة من قال بأن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً، فمردود عليه بأن الاستحسان لا يكون إلا فيما نص فيه كالقياس تماماً، والقياس دليل مستقل فكذا الاستحسان.

المبحث الثالث

في

تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان

مَهَيِّنًا

إذا تتبعنا أقوال الإمام الشافعي وأصحابه، والفروع الفقهية عند الشافعية نجد أنهم أخذوا بالاستحسان الذي قال به أصحاب المذاهب الأخرى ، ومن هذه الأقوال والفروع الفقهية مايلي :

أما الأقوال فهي كالتالي : قول الإمام الشافعي :

استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، استحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، استحسن أن يترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة ، استحسن أن يضع المؤذن أصبعه في أذنيه إذا أذن، استحسن التحليف على المصحف.

قال : في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى القياس أن تقطع يمينه، والاستحسان أن لا يقطع.

وقال : في الجارية المغنية ، وهي التي اشترت بالفتن، ولو لا الغنى لساوت ألفاً. كل هذا استحسان والقياس الصحة.

وقال : في الحُصْر الوقف ونحوه إذا بلى إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة وهذا استحسان:

وذهب في أحد قوليه إلى منع قرض الجولاري ممن هي حلال له استحصناً وقال : استحسن مراسيل سعيد بن المسيب^(١) .

وقال : في الشاهدين إذا قالوا نشهد أنه لا وارث له سألتهما عن ذلك ، فإن قالوا : هو لا نعلم فذا ، وإن قالوا نيقناه قطعاً فقد أخطأوا ، ولكن لا ترد بذلك شهادتهما ، ولكن أردھا استحصناً .

وقال في التولية على الوقف : إنه للوقف ، وعلل بأنه المتقرب بصنقته . فهو أحق من يقوم بإمضاها . وهذا استحصان .

وقال فيما إذا أعار أرضاً للبناء عليها والغراس ، فبنى المستعير أو غرس ثم رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد فقيل : هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد فباعهما بثمن واحد والمذهب القطع بالجواز للحاجة - وهذا استحصان .

وقال الرافعي^(٢) :

في التغليظ على المعطل في اللعان استحسن أن يحلف ويقال قل بالله الذي خلقك ورزقك . أهـ .

(١) هو أبو محمد المعروف . الإمام شيخ الإسلام وفقه المدينة ، أهل التابعين ، ولد لستين مضاً من خلافة عمر ، وكان أحد المفتين بالمدينة ، وأحد قضاها (راجع تذكرة الحفاظ جـ ١ ص ٥٤ ، لمذهب التهذيب جـ ٤ ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) هو الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القرظي الرافعي . إمام المذهب الشافعي ، وصاحب التصانيف المشهورة التي لم يصنف مثلها في المذهب كالشرح الكبير وغيره تولى سنة ٦٢٢ هـ (راجع المعر جـ ٥ ص ٩٤ ، شذرات المذهب جـ ٥ ص ١٠٨ ، طبقات الشافعية جـ ٥ ص ٢٨١) .

وقال القاضي الروباني^(١): فيما إذا امتنع المدعى من اليمين المردودة وقال : امهلوني لأسأل الفقهاء استحسان قضاء بلدنا إيماله يوماً. أـهـ.

وقال بعض الشافعية :

في تقدير نفقة الخادم على الزوج المتوسط: استحسان الأصحاب أن يكون عليه مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، فإن للموسر عليه مد وثلاث ، والمعسر عليه مد، فليكن المتوسط كذلك ، كما تفاوتت المراتب في حق المخدومة .

وقال بعض الشافعية :

ليس لولي المجنونة، والصبيبة المراهقة، إذا آلى عنهما الزوج، وضربن المدة ، وانقضت أن لا يطالب بالغيبة لأن ذلك لا يدخل تحت الولاية ، واستحسنوا أن يقول الحاكم للزوج على سبيل النصيحة اتق الله في إلبها أو طلقها^(٢).

(١) هو عبد الواحد بن إسماعيل أبو الحسن . فخر الإسلام الروباني صاحب البحر والكاوي بلغ من تمكنه في الفقه الشافعي أن قال لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي (راجع طبقات الشافعية جـ ٧ ص ١٩٣ ، المعر جـ ٤ ص ٤٤) .

(٢) راجع أقوال الإمام الشافعي وأصحابه في الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٤ وما بعدها ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ ٩ ص ٤٠٣٧ ، البحر المحيط جـ ١ ص ١٠٧ وما بعدها ، شرح اللمع جـ ٢ ص ٩٦٩ ، والموقوفات جـ ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها ، الآيات البينات جـ ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها ، الإحكام للأعدي جـ ٤ ص ٢١٠ ، أصول الفقه للدكتور / محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٨ ، شرح المضد على المختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ ، كشف الأسرار للنسفي جـ ٢ ص ٣٠٠ ، المستصفي جـ ١ ص ٢٧٤ .

هذه هي بعض الأقوال التي قالها الإمام الشافعي وأصحابه تدل على أن الاستحسان حجة ويعمل به عندهم.

وأما للفروع الفقهية التي تدل على أن الشافعية أخذوا بالاستحسان منها ما يلي قال صاحب المنهاج: إن المذهب صحة كفالة البدن للحاجة إليها، وقال الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس^(١).

وقال السيوطي^(٢) تحت القاعدة الخامسة : الحاجة تفزل منزلة للضرورة، عامة كانت أو خاصة .

من الأولى : مشروعية الإجارة والجمالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفني الثانية من الجمالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة . ثم قال : ومنها مسألة الصلح وإياحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك^(٣).

وقال السيوطي تحت قاعدة العادة محكمة : أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة..... وعدها منها

(١) راجع مفق المحتاج جـ ٢ ص ٢٠٣، المجموع شرح المذهب جـ ١٣ ص ٤٨٨

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن نصر الجلال الأسدي ولد سنة ٨٤٩هـ — حفظ القرآن الكريم، والعمدة والمنهاج القرعي والألفية في النحر من تصانيفه الإقتان في علوم القرآن والسدر المشور في التفسير وغيرهما توفي سنة ٩١١هـ .

(٣) راجع شذرات الذهب جـ ٥١ ص ٥١، الفروع للآمع جـ ٤ ص ٦٥

(٤) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ط عيسى إياي الحلبي وأولاده بمصر

الكثير وكان من بينها قوله : وفي عمل الصناعات على ما استحسنته الرافعي^(١).

وأجاز الشافعية : نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة. وغصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم، كما جوزوا أخذ مال الممتع من أداء الدين بغير إئنه. وقالوا : لو عم الحرام بلدًا بحيث لم يوجد الحلال إلا نادرًا فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على موضع الضرورة^(٢).

وقال الغزالي في الزنديق المتستر إذا تاب : أن لا تقبل توبته ، ويقتل خلافاً لمقتضى عموم الحديث "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"^(٣).

وقال : فإن قيل فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة في قتله وأن لا تقبل توبته، وقد قال ﷺ "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله" فماذا نرون ؟ قلنا هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصارى، لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديق

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري وأحمد من طريق حار بن عبد الله (راجع صحيح البخاري بخاتمة السدي

جـ ٢ ص ٢٤٣ باب وجوب الزكاة ، مسند أحمد جـ ٢ ص ٣٣٢)

يرى التقية عين الزندقة . فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد^(١) .

وأيضاً قرر الشافعية : أنه يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم ونباتهم لحاجة القتال والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، مع أن الأصل حرمة إتلاف الأموال^(٢).

وقرر الشافعية : جواز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجاج من الحرج لو لم يبيع لهم ، مع نهى رسول الله ﷺ الصريح عنه.

وقد أفتوا بجواز ضمان الدرك^(٣)، مع أنه مخالف للقياس، معللين ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، فلو لم يجز ذلك للحق بالناس الحرج، وهذا ضرب من استحسان المصلحة.

وأفتوا بجواز تضبيب الإناء بالفضة مع عموم النهى عن استعمال الفضة معللين ذلك بالحاجة.

وكنكك أفتوا بجواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستدئين في ذلك إلى الحاجة^(٤).

(١) راجع للمستصفي جـ ١ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(٣) ضمان الدرك : هو أن يلزم البائع بضمان المبيع الذي قد يوجد له المبيع لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ ٤ ص

(٣١٧

(٤) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨

من هذه الأمثلة للفروع للفقهية عند الشافعية يتضح لنا أنهم يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذاهب الأخرى، إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان. وهناك بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي - رحمه الله - تدل على نفيه للاستحسان ، وأنه مذموم عنده ومن ذلك ما يلي :

- ١- من استحسّن فقد شرع. أي ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع.
- ٢- الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً.
- ٣- والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن تقول : استحسّن بغير قياس؟ فقلت : لا يجوز هذا عندي- والله أعلم - لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتّباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.
- ٤- ومن قال استحسّن لا عن أمر الله، ولا عن أمر رسول الله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال، وكان الخطأ في قول من قال هذا بيناً.
- ٥- أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر، ولا قياس، وقال استحسّن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسّن

خلافه فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال : في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا^(١).

هذه هي بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي التي تنفي الاستحسان :

وللتوفيق بين هذه الأقوال يمكن القول: بأن الأقوال التي وردت عنه تنفي الاستحسان، فالمراد به الاستحسان المبني على الهوى والشهوى من غير دليل من نص، أو قياس، وهذا لم يقل به أحد.

فالقاتلون: بأن الإمام الشافعي - رحمه الله - يرفض الاستحسان غير مدركين لمقصد الإمام الشافعي - رحمته الله - إذ أن مراده استحسان النفس لا الاستحسان عن طريق القياس، والنص، والإجماع، والمصلحة، والضرورة : وهذه الأصول لا يسع فقيه من الفقهاء مخالفتها، إذ لا تخرج صورة منه عن ضرب من ضروب القياس ، أو اعتماداً على نص، أو إجماع ، أو ضرورة، أو مصلحة، أو عرف، وهذا شائع وذائع في فروعهم للفقهية، وموضع اعتبار عندهم، فلا مجال لإنكار الاستحسان أو العمل به في جميع المذاهب المشهورة.

وتحمل الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي على أنه أخذ بالاستحسان على الاستحسان المبني على هذه الأصول السابق ذكرها.

(١) راجع هذه الأقوال في الإجماع جـ ٣ ص ٢٠٤ ، للتمضي جـ ١ ص ٢٧٤ ، نقاس الأصول جـ ١ ص ٤٠٣٧ ، البحر المحيط وما بعدها ، الرسالة ص ٥٠٥ وما بعدها ، الأم جـ ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

يؤيد هذا ما ذكره ابن عبد الشكور^(١) حيث قال: والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد ما يعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد ما أردناه نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمراً يصلح للنزاع^(٢) أهـ.

وقد صرح الغزالي بعد ما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً فقال: وهذا ما لا ينكر، وإنما يرجع الاستكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة^(٣). أهـ.

وقال الشيرازي : وإن كان الأمر على ما فسره أصحابه - أي أبو حنيفة - فإنه لا مخالفة في معناه، فإن ترك أضعف الدليلين لأقواهما واجب، وترك القياس بدليل أقوى منه واجب^(٤). أهـ.

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في الأم : قد كان ما خشي الشافعي أن يكون بل خرج الأمر في هذه العصور عن حده، فصرنا نرى كل من عرف شيئاً من المعارف، زعم لنفسه، أنه يفتي في الدين والعلم، وأنه أعلم به من أهله، وخاصة من أشربوا في قلوبهم أو ربه وعقائدها،

(١) هو عبد الله بن عبد الشكور الهاري الهندي، قاضي من الأعيان، ولي قضاء كلهنو ثم قضاء حيدر آباد الدكن ، ثم ولي صدارة ممالك الهند، لقب بفاضل خان من كتبه مسلم الثبوت في أصول الفقه، وسلم العلوم في المنطق، والجواهر الفرد (راجع الأعلام - ج ٥ ص ٣٨٣)

(٢) راجع فوائح الرجوح وشرحه - ج ٢ ص ٣٢١

(٣) راجع المستصفى - ج ١ ص ٢٨٣

(٤) راجع النشرة للشيرازي ص ٤٩٤ ط دار الفكر.

يزعمون أن عقولهم تهندهم إلى إصلاح الدين، وإلى الحق في التشريع، وخرجوا عن الخبر، وعن القياس إلى الرأي والهوى، حتى لنكاد نخشى أن تخرج بلاد المسلمين عن الإسلام جملة، والعلماء ساهون لاهون، أو مستضعفون، يخافون الناس، ويخافون كلمة الحق^(١) أهـ .

وبعد هذا العرض لأقوال الإمام الشافعي نرى أنه عمل بالاستحسان المبني على الأدلة الشرعية وإن كان لا يسميه بهذا الاسم بل يطلق عليه القياس أو المصلحة.

(١) راجع الأم جـ ٢ ص ٣٠٠ وما بعدها.

المبحث الرابع في أنواع الاستحسان

مَهَيِّدٌ

إن المتتبع للفروع الفقهية - لدى مذاهب القائلين بالاستحسان - يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عديدة منها الاستحسان بالنص سواء كان النص من القرآن أو السنة ، أو بالأثر ، واستحسان بالإجماع، وبالضرورة، بالعرف، وبالمصلحة، وبالقياص الخفي وغير ذلك. نذكرها فيما يلي مع ذكر أمثلة لكل نوع ^(١).

(١) يلاحظ هنا في الأمثلة التي سأذكرها لكل نوع لم أتعرض فيها لذكر خلاف الفقهاء لأن القصد هو التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه وسأذكر مبحث خاص بالمسائل المتفرعة على الخلاف في الاستحسان في نهاية هذا البحث.

النوع الأول

فـ

"الاستحسان بالنص أو بالأثر"

ومعناه: ورود نص من القرآن أو السنة ، أو الأثر في مسألة يتضمن حكماً يخالف الحكم الكلي الثابت بنصوص الشرع، أو يخالف قاعدة عامة تثبت بنصوص أخرى، أو هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب، أو السنة، أو الأثر^(١).

وعرف البرديسي^(٢) هذا النوع بقوله : الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكماً يخالف الحكم الكلي الذي يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة^(٣).

وهذا النوع من الاستحسان ، هو من حيث الشكل والاصطلاح استحسان كما أطلق عليه الحنفية ، ولكنه من حيث الحقيقة نص يتضمن استثناء من الشارع لحالة خاصة من قاعدة عامة في الشرع، فهو استحسان من الشارع، ولاستحسان الشارع أمثلة كثيرة ، وهو دليل من

(١) راجع الإحكام للأمدى ج٥ ص ٢١١، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩٠

(٢) هو محمد زكريا البرديسي أستاذ الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة (راجع أصول الفقه للبرديسي ص ٤ ط دار

التأليف — بالقاهرة)

(٣) راجع أصول للبرديسي ص ٣٠٨

الشرع على أن الشارع الحكيم قدر للحالات الخاصة أحكاما مستثناة تدل في مجملها على شرعية الاستحسان وإظهار حجتيه.

ويقول الغزالي عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر وإنما يرجع الاستتكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسمية استحساننا من بين سائر الأدلة^(١)، أم.

ولهذا النوع أمثلة كثيرة منها ما يلي :

١- أمثلة الاستحسان : من القرآن الكريم :

المثال الأول : الوصية :

فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، ومعلوم أن الإنسان إذا مات لا يملك شيئا، وخرج المال من حوزته، وانتقل إلى ورثته، وعلى هذا فإن القاعدة التي يجري عليها القياس. إبطال الوصية لعدم الملك بعد الموت لكنها استثنيت من القاعدة للعامنة استحسانا للنص الوارد بجوازها. وهو قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾^(٢). وقوله ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم"^(٣).

(١) راجع للمصنف ج ١ ص ٢٨٣

(٢) سورة النساء من الآية ١١

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة في أعماركم " وقال في الروايد في إسناد طالحة بن عمرو أنخضرمي ضعفه غير واحد، وروى من طريق معاذ بن جبل بلفظ " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " وقال صاحب مجمع الروايد عن هذا الحديث رواه الطبراني، وفيه عقبه بن حمد الضبي وثقه ابن-

وجاء في الهداية : الوصية غير واجبة، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنها تعليق مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو اضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى إلا أننا استحسنناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض - وخاف البيات - يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك، فشرعناه . ثم قال: وقد نطق به الكتاب قال تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾^(١) . والمسننة " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم " ^(٢) . وقال: عليه إجماع الأمة ^(٣) . أهـ.

المثال الثاني: هبة القتل الخطأ :

القياس العام يقضي بأن كل إنسان يضمن جنايته نفسه لقوله تعالى: ﴿ولا تذر واردة وزر أخرى﴾^(٤) . ولكن استثنى الشارع حالة

«حبان وغروه، وضعه أحمد (راجع سي ابن ماجة جـ ٢ ص ٩٠٤، حديث رقم ٢٧٠٩ كتاب الوصايا — باب

الوصية بالثلاث ، مجمع الزوائد وصيغ الفوائد جـ ٤ ص ٢١٥ المأثر — مؤسسة المعارف — بيروت — لبنان).

(١) سورة النساء من الآية ١١

(٢) سبق تخريجه .

(٣) راجع المقدمة وشروحها جـ ١٠ ص ٤١٣ وما بعدها ط الثاني الحلبي وأولاده ٠٠ - بمصر، كشف الأسرار على

أصول البزدوي جـ ٥ ص ٥، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول الرحسي جـ ٢

ص ٢٠٢، تيسر التحرير جـ ٤ ص ٢٩٠ وما بعدها ، التوضيح جـ ٢ ص ١٦٣، مدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣٠

ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

(٤) سورة فاطر من الآية ١٨

القتل الخطأ، وعدل عن القياس إلى إيجاب الدية على العاقلة قال تعالى :
(ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا)^(١).

وهذا استحسان تشريعي خولف فيه القياس رفقا بالجاني وتخفيفا عنه، وذلك لكثرة وقوع الخطأ من الجناة، ودية الأذى كبيرة فاقترضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه لأنه معذور في فعله بسبب عدم قصده^(٢).

٣- أمثلة الاستحسان من السنة :

المثال الأول : السلم :

وهو ما يعرف بأنه بيع شيء موصوف في اللزمة بثمن عاجل^(٣).
فهذا بيع لكنه لم يكن على قاعدة البيع المعهود . حيث إن من شروط صحة البيع أن يكون موجودا عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بلى هو معدوم، ومقتضى النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام^(٤) : " لا تبع ما ليس عندك"^(٥). لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل

(١) سورة النساء من الآية ٩٢

(٢) راجع المقدمة وشرحها جـ ١٠ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٣) راجع مجمع الأثر جـ ٣ ص ٩٣، مفتي المحتاج جـ ٢ ص ١٠٢

(٤) هو حكيم بن حزام بن عويلد بن أسد بن عبد المزي. صحابي قرشي ولد بمكة - وكان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها أسلم يوم الفتح، توفى سنة ٥٤ هـ بالمدينة (راجع الأعلام جـ ٢ ص ٢٦٩، شذرات الذهب جـ ١ ص ٦٠).

لكنه استثنى من ذلك استحصانا لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه، وهو ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التماسر السنة والمسنين فقال: " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ^(١) ". وأقمنا للذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم ^(٢).

يقول السرخسي: في أصوله عن هذا المثال والقياس يأبى جواز المسلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكن تركناه للرخصة الثابتة بقوله ﷺ ^(٤) "ورخص في السلم" ^(٥). أ هـ.

وقال الكمال بن الهمام في فتح القدير بعد ذكره تعريف السلم وأدلة مشروعيتها : ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٢٥ كتاب البيوع — باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٢، سنن أبي داود ج ٢ ص ٨٣ كتاب البيوع — باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٣).

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق ابن عباس بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها كتاب السلم — باب السلم في كيل معلوم حديث رقم ٢٢٣٩).

(٣) راجع الهداية وشروحها ج ٧ ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) راجع أصول السرخسي ج ٢ ص ٢٠٣.

(٥) هذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في مجمع الأثر بأنه لم يستدل أنه صلى الله عليه وسلم قد ورد عنه لفظ ورخص في السلم يقول محمد بن العز الحضي في هوامش الهداية هذا اللفظ حكفاً لم يرد عن أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء، أما انتهى عن بيع ما ليس عند الإنسان مع عدم ذكر الترجيح في السلم فهذا مروي عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام السابق. (راجع مجمع الأثر شرح ملتقى الأئمة ج ٢ ص ٩٧ ط دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان).

المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون البيع نازلاً عن القيمة فيريحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدره في المال على المبيع بسهولة لتتدفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع^(١) أهـ.

المثال الثاني: الإجارة:

وهي عقد على المنافع بعوض، وهذه المنافع معدومة وقت العقد، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه، وعدم إضافة التملك إليه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"^(٢) فإن الحديث دل على جواز الإجارة من جهة أن الأمر بإعطاء الأجرة يفيد المشروعية، وهي ثابتة استحساناً، لأنه عدول عن البطلان إلى الصحة بدليل^(٣).

(١) راجع فتح القدير على المقدمة جـ ٧ ص ٧١ وما بعدها، ومثله في النهاية على المقدمة جـ ٧ ص ٧١، بدائع الصانع ص ٢٠١.

(٢) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق ابن عمر بن الخطاب، وقال عنه في إسناده وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان، وأخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهن - باب أجر الأجراء حديث رقم ٢٤٢٣، والسنن الكبرى للبيهقي جـ ١ ص ١٢١ كتاب الإيجارات - باب إم من مع الأجر أخره).

(٣) راجع بدائع الصانع جـ ٤ ص ١٧٣ وما بعدها، أحكام القرآن للكرام لابن العربي جـ ٣ ص ١٤٧٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، المجموع جـ ٥ ص ٥.

جاء في الهداية: الإجارة في اللغة . بيع المنافع، والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه - المنفعة - وهي معدومة، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار منها - قوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ^(١) " وقوله ﷺ " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره ^(٢) " اهـ .

وقال صاحب العناية ^(٣) - لم يقتض القياس جوازها. إلا أنها جوزت على خلاف للقياس بالآثر لحاجة الناس فكان استحصانا بالآثر ^(٤). اهـ.

وقال السرخسي : وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثبت على خلاف القياس. لحاجة الناس إلى ذلك، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا

(١) سبق تخريجه.

(٢) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة عن حديث مطول وفيه " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره "، أخرجه الشوكان من طريق أبي سعيد الخدري بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى ج ٦ ص ١٢٠ كتاب الإجارة باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة، نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٢٩ باب النهي أن يكون النفع والأجر مجهولاً).

(٣) هو أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الرمزي الباقري الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسعمائة، وكان حسن المعرفة بالفقه والأصول، صنف متنازع الأنوار، وشرح الزدودي، والهداية وغير ذلك توفي سنة ٧٨٦هـ — ودفن بمصر (راجع الفتاوى البهية ص ١٤١ وما بعدها ط دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان).

(٤) راجع الهداية وشرح العناية ج ٥ ص ٥٨ وما بعدها.

يتحقق لأنها لا تبقى زمانيين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك^(١) أهـ .

المثال الثالث : الحكم بصحة صوم من أكل أو شرب ناسيا في نهار رمضان .

فإن مقتضى القاعدة العامة التي يجري عليها القياس - هو فساد صوم من أكل أو شرب ناسيا - لأن الإمساك عن المفطرات ركن الصوم، والذي لا يصح بدونه، وقد فات هذا الركن بالأكل أو الشرب ناسيا ، والشئ لا يبقى مع فوات ركنه، إلا أن صحة الصوم في هذه الصورة قد استثبتت للأثر الوارد فيها. وهو أن النبي ﷺ قال : " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"^(٢). فقد عدل عن القول بفساد الصوم هنا والحكم ببقائه استحسانا بالنص^(٣).

يقول المرخمي : فأما تركه بالنص فهو ما أشار إليه أبو حنيفة - رحمه الله - في أكل الناسي للصوم . لولا قول الناس لقلت يقضى - يعني به - رواية الأثر عن رسول الله ﷺ ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته ، واعتقاد البطلان في كل قياس يخالفه^(٤) أهـ .

(١) راجع أصول الرحسي جـ ٢ ص ٢٠٣

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث ١٩٣٣ - كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا) .

(٣) راجع الهداية وشرح العناية جـ ٢ ص ٣٢٧ - باب ما يوجب القضاء والكفارة .

(٤) راجع أصول الرحسي جـ ٢ ص ٢٠٢ ، كشف الأسرار على أصول البيهقي جـ ٥ ص ٥

المثال الرابع: قاطم الطريق إذا أخذ المال فقط ثم تركه عائدا.

فإن للقاعدة التي يبنى عليها القياس، إجراء الحد عليه، ولا يسقط عنه لارتكابه ما يوجب ذلك، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب، لكن يسقط الحد عنه استحسانا لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ويكون فيه تشجيع للذين يعصون ثم يتوبون قبل القدرة ^(١) عليهم قال تعالى : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ^(٢).

المثال الخامس: خيار الشرط:

فإن البائع إذا أمضى العقد فإنه ينفذ ولا يصح له الرجوع في بيعه، وعلى هذا فإنه إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار، فإن القاعدة التي يجري عليها القياس، هو بطلان هذا الشرط لما يترتب على إمضاء العقد من نقل الملكية إذ أن الخيار يمنع هذا النقل، وبذا يكون الخيار منافيا لمقتضى العقد، والقاعدة تقرر أن كل ما يخالف مقتضى العقد لا يجوز، وخيار الشرط لا يجوز تبعا لهذه القاعدة، لكنه عدل عنه إلى الجواز

(١) راجع فتح القدير على المنهاج ج ٥ ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة الآية ٣٤

استحساناً^(١). نظرا لقوله ﷺ لحبان بن منقذ^(٢) - وكان يخدع في البيوع - إذا ابتعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام^(٣).

٣- أمثلة للاستحسان بالأثر:

المثال الأول: السرقة:

وهي أخذ مال الغير على سبيل الخفية. نصابا محرزا من غير تأويل ولا شبهة^(٤): فإذا تحققت بشروطها فإن الواجب فيها القطع مطلقا لعموم قوله تعالى: ﴿والمسارق والمسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾^(٥). لكنه عدل عن القطع استحسانا، وذلك في عام المجاعة كما فعل عمر بن الخطاب ﷺ حتى لا يجتمع على السارقين ضرران. ضرر الجوع، وضرر القطع للسرقة، وتخصيصا لهذا العام بفعل الصحابي^(٦).

(١) راجع المفهامة مع شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) هو حبان بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني بن عمر بن يحيى، روي عن أبيه وعملاد السائب وعنه عمرو بن الحارث، وأمر حوا له حديثا واحدا في الوضوء. (راجع فقه المذهب جـ ٦ ص ١٧٠ وما بعدها).

(٣) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه من طريق حبان بن منقذ بنفس اللفظ (راجع سنن الدارقطني جـ ٣ ص ٥٦ حديث رقم ٢٢٠ كتاب البيوع ط دار المحاسن للطباعة والنشر - القاهرة).

(٤) راجع شرح العناية على المفهامة جـ ٥ ص ٣٥٤

(٥) سورة المائدة الآية ٣٨

(٦) راجع المذهب جـ ٢ ص ٢٨٢

المثال الثاني: عدم قطع من قطعت يده ورجله:

إن السارق إذا سرق أول مرة تقطع يمينه من الزند فإذا سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإذا سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب. وهذا استحسان، ووجه قول علي ^(١) "إني لأستحي من الله تعالى أن لا أَدع له يداً يَأْكُل بهما، ويستجي بهما، ورجلاً يمشي عليها" ^(٢).

وقد ذكر علماء الأصول هذا المثال تحت الاستحسان بالإجماع، والواقع أنه ترك للقياس لقول الصحابي. لأن كتب الأصول لم تذكر في هذا النوع وهو الاستحسان بالنص، الاستحسان بالأثر، إلا ما ذكره الشاطبي عن ابن العربي حيث يقول: ويمسح أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة للوارد بخلاف للقياس ^(٣).

واعتبر كثير من العلماء القدامى والمحدثين الاستحسان بقول الصحابي من قبيل ما استحسن بالأثر وليس من قبيل ما استحسن بالإجماع، لأن ورود الأثر على خلاف للقياس يجعله في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ .

(١) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويكنى بأبي الحسن، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من أسلم من الصبيان تولد لخلافة سنة ٣٥هـ توفي من إصابة، وغسله الحسن والحسين ودفن بالكوفة (راجع الفتح للمبين ج١ ص ٥٧، المعجم ج١ ص ٣، الأعلام ج٤ ص ٢٩٥).

(٢) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن سلمة بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي ج١ ص ٢٧٥ كتاب السرقة باب السارق يعود فيسرق).

(٣) راجع المقدمة مع فتح القدير ج١ ص ٣٩٥ وما بعدها، المرافقات ج٤ ص ٢٠٩، الإجماع ج٣ ص ٢٠٤، البحر المحيط ج١ ص ١٠٨.

ومثاله : أن الإمام أو الحاكم إذا رأى رجلاً قد سرق أو زنى أو شرب خمرًا فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برويته ذلك حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان.

وقال أبو يوسف ^(١) : له ذلك، معطلا قوله: لما بلغنا في ذلك من الأثر وهو ما روي أن أبا بكر ^(٢) ﷺ قال : " لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري " ^(٣).
أهـ.

المثال الثالث : الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أوقع سيدنا عمر رضي الله عنه الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وخالف بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ ، وعهد أبي بكر ، وصدر من عهده هو أيضاً، ذلك لأنه رأى في هذا وسيلة لمنع المسلمين

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أو حنيفة وتلميذه ، وهو أول من نشر مذهب الحنيفة ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ (راجع الفتح للبين جـ ١ ص ١٠٨ ، شفرات الذهب جـ ١ ص ٢٩٨ ، المعر جـ ١ ص ٢١٩).

(٢) هو عبد الله بن أبي قحافة يلتقي هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند مرة بن كعب كان اسمه في الجاهلية عبداً الكعبة فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله توبع بالخلافة يوم الاثنين الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، توفي رضي الله عنه سنة ١٣ هـ (راجع شفرات الذهب جـ ١ ص ٣٣ وما بعدها ، المعر جـ ١ ص ١٣).

(٣) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق الزهري عن أبي بكر الصديق بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي

جـ ١ ص ١٤٤ - كتاب الشهادة - باب من قال ليس للقاضي أن يعمل)

من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن تتابعوا فيه^(١)، والاستحسان بالأثر
أمثله كثيرة ولكن اكتفينا بهذا القدر

(١) راجع هذا النوع من الاستحسان وهو الاستحسان بالنسب وأمثلته في المراجع السابقة التي ذكرناها في كل مثال، كشف الأسرار على أصول البيهقي ج٤ ص ٥ وما بعدها، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول السرخسي ج٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، وشرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للأمني ج٤ ص ٢١١، تيسر التحرير ج٤ ص ٧٨ وما بعدها، المستصفى ج١ ص ٢٨٣، التوضيح ج٢ ص ١٦٣، المبسوط ج٤ ص ٢٠٤ ط دار المعرفة، بداية المجتهد ج٢ ص ٨٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٣ ص ١٣٠، الاعتصام ج٢ ص ١١٨، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للأمني ج٤ ص ٢١١، أصول الفقه للبردي ص ٣٠٨ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العنين بدران ص ١٩٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٦٦ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٦٨ وما بعدها.

النوع الثاني الاستحسان بالإجماع

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانتفاء الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويكون ذلك بإفتاء جميع المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، كما يكون بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل الناس به أو مخالفا للأصول العامة والقواعد المقررة. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها ما يلي :

المثال الأول: عقد الاستصناع:

وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوبا نظير مبلغ معين من المال مع بيان صفته ومقداره، ولا يذكر له أجلا .

فالقياص: يقتضي عدم جواز هذا العقد. لأن الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، لكن ترك القياص الذي يقتضي عدم الجواز ، وقيل: بالجواز استحسانا بالإجماع لتعامل الناس من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار^(١).

(١) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير ج٩ ص ١٠٤، بدائع الصانع ج٥ ص ٢ وما بعدها، التلويح ج٢ ص ١٦٣ وما بعدها، مسلم الفتوح ج٢ ص ٢٧٩، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩١ وما بعدها، تيسير التحرير ج٤ ص ١٧٨، التقرير والتحجير ج٣ ص ٢٢٢، الفقه الإسلامي وأدلة المذاهب / وهبة الزحيلي ج٤ ص ٦٣٢، أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٤٩.

يقول عبد العزيز البخاري: ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعني فيما فيه للناس تعامل . مثل أن يأمر إنسانا ليخرز له خفا مثلاً بكذا، ويبين صفته ومقداره، ولا ينكر له أجلاً، وبمسلم له الدراهم، أولاً يسلم . فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفاً في الزمة ، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه حقيقة - أي ثبوته في الزمة - كالمسلم - فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد، ولكنهم استحسنا تركه بالإجماع الثابت بتمام الأمة من غير تكثير، لأن بالإجماع يتعين جهة الخطأ في القياس، كما يتعين بالنص فيكون واجب الترك، وقصروا الأمر على ما فيه تعامل لأنه معدول به عن القياس.

فإن قيل : الإجماع وقع معارضا للنص وهو قوله ﷺ "لا تبع ما ليس عندك"^(١). قلنا قد صار النص في حق هذا الحكم مخصوصاً بالإجماع فبقي القياس النافي للجواز معارضا للإجماع فسقط اعتباره بمعارضة الإجماع^(٢) أهـ.

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدي جـ ٤ ص ٥ وما بعدها، وجاء مثله في شرح النار وحواشيه ص ٨١٣،

أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٣، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٩

المثال الثاني: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستنجارها:

لهذا الغرض من غير تقدير للأجرة ، أو الماء المستعمل ، أو مدة المكث فيه ، فإن القياس يقضي بعدم جواز ذلك للجهالة بالحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة ، والمدة التي يمكثها . لأن الناس يتفاوتون فيما يستهلكون من الماء ، كما يتفاوتون في المدة التي يمكثونها ، والجهالة في هذه الأمور تفسد العقد ، ولكن جاز استحسانا لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان ، ولم يحدث إنكار من المجمعين في أى عصر من العصور من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لأن فيه دفعا للضرر والمشقة^(١).

قال صاحب العناية : ويجوز أخذ أجرة الحمام لجريان العرف بذلك ، والقياس عدم الجواز للجهالة ، ولكنه ترك لإجماع المسلمين^(٢) . أهـ .

المثال الثالث : طلاق الزوجة باختيارها لنفسها:

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته اختاري أحد أمرين إما نفسك ، وإما أنا فتقول أختار نفسي . حينئذ فإنها تكون بائنة بواحدة أى بينونة صغرى استحسانا .

(١) راجع المفاتيح مع تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ٩٦ ، الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٠ ، نقائس الأصول في شرح

المحصول جـ ٩ ص ٤٠٣٧ ، البيان جـ ٤ ص ٢٦٥

(٢) راجع العناية على المفاتيح جـ ٩ ص ٩٧

والقياس أن لا يقع شيء من الطلاق وإن نواه الزوج، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أن الأحناف استحسنوه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وكذا أيضا شبهوا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار المعتقة، وامرأة العنيين، وتقع للفرقة بذلك الخيار، فتقع في مثالنا بهذا اللفظ^(١).

(١) راجع العناية على الهداية جـ ٤ ص ٨٨ وما بعدها، بلائع الصائم جـ ٣ ص ١١٨

النوم الثالث

استحسان بالضرورة والحاجة

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة لرفع حرج يغلب على الظن وقوعه أو يتحقق، أو لرفع غلو القياس، ذلك أن المسائل التي يقاس بعضها على بعض تختلف نتائجها عسرا ويسرا عدلا وجورا لما يحف بها من ظروف. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال : الاستحسان ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس^(١). ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة عديدة نذكر منها ما يلي:

المثال الأول: طهارة الآبار والأحواض التي وقعت فيها نجاسة استحسانا.

فإن القياس الظاهر يقضى بعدم طهارتها بعد تنجسها وهو بقاء شيء من النجاسة فيها، لأن خروج بعض الماء للنجس من الحوض والبنر لا يؤثر في طهارة الباقي، ولو أخرج الكل فما ينبع من أسفل، أو ينزل من أعلى يلاقي نجسا من طين، أو حجرا وغيرها فينجس بملاقاته. ولا يمكن صب الماء على البنر والحوض ليتأتى التطهير لأن الدلو والماء الطاهرين يتنجسان بملاقاة ماء البنر والأنية المتنجسين، لكنهم تركوا العمل بموجب هذا القياس للضرورة فإن لها أثرا في سقوط الخطاب، لأن

(١) راجع المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت - لبنان

فيه حرجاً، والخرج مدفوع بالنص قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(١). وبالتالي يحكم بطهارة مياه الآبار والحياض والأواني التي وقعت فيها نجاسة إذا ترح قدر ما فيها من الماء، وذلك بأن يقياس عمق البئر وعرضها وتحفر حفرة مماثلة في المساحة ويخرج منها الماء المتنجس، وتصير طاهرة استحساناً لا قياساً^(٢).

يقول صاحب الهداية: ومسائل الآبار مبينة على اتباع الآثار دون القياس ثم قال: إن وقعت فيها بكرة، أو بعرتان من بعر الإبل والغنم لم تصد الماء استحساناً، والقياس أن تصد لوقوع النجاسة في الماء القليل. أهـ.

وجه الاستحسان: أن آبار الفلوات ليس لها رعوس حازرة، والمواشي تبعر حولها فتلقاها الريح فيها، فجعل القليل عفواً للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكره الناظر إليه، وكذلك الشاة تبعر في المحلب بكرة أو بعرتين ترمي البعرة، ويشرب اللبن لمكان الضرورة^(٣). أهـ.

ويقول المرخسي: وأما ترك القياس لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما تنجست، والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجازات. فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة

(١) سورة الحج من الآية ٧٨

(٢) راجع كشف الأسرار للخارى جـ ٤ ص ٤٦، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٢،

تيسر التحرير جـ ٤ ص ١٧٨، كشف الأسرار للنسفي جـ ٢ ص ١٩١

(٣) راجع المقدمة مع فتح القدير جـ ١ ص ٩٨ وما بعدها.

يتجس بملاقاته ، وتركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فلين الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص^(١). أهـ.

واعترض صاحب التقرير على كون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة قال : والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل، إذ لا يخفي أن ما وجب فيها نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، لا من الاستحسان بالضرورة^(٢). أهـ

المثال الثاني : عدم الخطر في الصوم بما يصعب الاحتراز عنه.

فإن القياس يقضى بأن كل ما دخل في جوف الصائم فإنه يبطل صومه ويفطره، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب، أو الدخان، أو غبار الدقيق إلى حلقه، وكذا لو دخلت نبابة إلى حلقة، وهو ذاكر لصومه فإنه لا يفطر استحسانا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها^(٣).

المثال الثالث : قبول الشهادة بالتسامح :

فإن القياس يقضى بأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما يرى، لكنه جوز الشهادة بالتسامح، أو بالسماح في النسب، وفي النكاح والدخول فيه، وإن لم يعين الشهود ذلك، لأنها مسائل تتقادم بتقادم الزمن، ولو

(١) راجع أصول المرحلي جـ ٢ ص ٢٠٣

(٢) راجع التقرير والتحريم جـ ٣ ص ٢٢٢

(٣) راجع الملهة مع شرح فتح القدير جـ ٢ ص ٣٣٢

قلنا: بأن الشهادة لا بد فيها من الرؤية لترتب على ذلك ضرر كبير، ومشقة شديدة . فقد لا يحضر للولادة إلا امرأة ، وحينئذ فإنه يتعسر على الرجل أن يشاهد ولادة للمرأة، وقد يموت المعاین للنكاح، ولو كلف الناس بإحضار من مات، وهو الرائي فإن في ذلك أيضا مشقة شديدة، وبذا جوز الشهادة بالسمع استحساناً^(١).

وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه، إلا في النسب والموت والنكاح والدخول فيه، وولاية القاضي، فإنه يسمعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهذا استحسان

والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك يتحقق بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع أى لا يجوز للشاهد أن يشهد بالسمع بل لا بد من المشاهدة. أهـ.

وجه الاستحسان: أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خاص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل أحد، ولهذا كان لا بد فيه من المشاهدة والمعاينة^(٢)

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٩٨، معني المختار جـ ٤ ص ٤٤٨، الفقه الإسلامي للدكتور الإسلامي زكي الدين شعبان ص ١٦٢ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٢) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير جـ ٧ ص ٣٨٨ وما بعدها.

المثال الرابع: ذكره الشاطبي:

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته، لرفع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق، وذلك كإجازتهم التفاضل اليسير في المراتلة الكثيرة، وكإجازة بيع وصرف في اليسير إذا كان أحدهما تابعا للآخر^(١).

المثال الخامس: شهادة غير المسلم تقبل على المسلم.

من للقواعد المقررة - أن شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢). ولكن الضرورة اقتضت أن تعدل عن هذه القاعدة، وتقبل شهادة غير المسلم على المسلم استحسانا.

كما لو ادعى مسلم وصية نمي له بما عند مسلم آخر عليه دين للزمي فأقر من عليه الدين بالدين، ولكنه أنكر الوصية، وموت الموصى. حينئذ تقبل شهادة رجلين من الزميين بالموت والوصية، مع أن القياس لا تقبل شهادتهما لعدم عدالتهما، ولكنها قبلت استحسانا، لأن الوصية لا تكون إلا عند الموت، وموت الزمي لا يحضره المسلمون غالبا، فلو لم تقبل شهادة الزميين لضاعت الحقوق فقبلت شهادتهما استحسانا^(٣).

(١) راجع للموافقات جـ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ ص ١٤٢

(٢) سورة النساء من الآية ١٤١

(٣) راجع العناية على الهداية جـ ص ٤١٧ وما بعدها.

المثال السادس : عدم بطلان المساقاة بموت رب الأرض إذا كان الخارج بعور .

فالقياص العام يقضى بأن تبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض - والخارج بعور^(١) - للعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر - وإن كره ذلك ورثه رب الأرض - استحسانا ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر^(٢) .

(١) السر : تم التحويل قبل أن يصير رطبا . (راجع المصاحح للمرحوم ١ ص ٤٨)

(٢) راجع المقدمة مع شرح تكملة فتح القدير ج ٩ ص ١٨١

النوع الرابع استحسان العرف والعامة

وهو الدخول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك ، أو بما اعتاده الناس.

وهو يتحقق في كل تصرف تعارف عليه للناس واعتادوه. إذا كان هذا التصرف يخالف قياسا ، أو قاعدة من القواعد المقررة .

يقول السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ ، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وغيرها^(١) .

ويقول الشاطبي - نقلا عن ابن العربي - الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما. فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الأيمان إلى العرف^(٢) .

والأمثلة لهذا النوع من الاستحسان كثيرة نذكر منها مايلي:

المثال الأول: حلف لا يأكل لحما . لم يحنث بالسمك

لو حلف الرجل لا يأكل لحما، فأكل سمكا، فإن القياس يقضى أن يحنث الحالف لأن الله سبحانه وتعالى قد سمى السمك لحما في قوله

(١) راجع الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الباب الحلي وشركاه.

(٢) راجع الموافقات ج ٤ ص ٢٠٨ .

تعالى : ﴿ وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تكلون لحما طريا ﴾ ^(١). لكن ترك هذا القياس الذي يقضى بالحنث، وقلنا بعدم الحنث استحسانا لجريان العرف العام على أن السمك ليس بلحم، وإن سماه الله تعالى لحما ^(٢).

المثال الثاني: حلف لا يدخل بيتا ثم دخل مسجدا.

لو حلف رجلا على أن لا يدخل بيتا فدخل مسجدا. فإن القياس والقواعد العامة تقرر أن الحالف هنا يحنث لأن المساجد قد سماها الله تعالى بيوتا فقال تعالى : ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال ﴾ ^(٣).

لكن ترك هذا القياس، ولا يحنث الحالف هنا استحسانا لجريان العرف العام على أنه لا يطلق على المساجد بيوتا ^(٤).

المثال الثالث: استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها.

فإن استئجار المرضعة بأجرة معلومة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها - استحسانا - عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى .

(١) سورة فاطر من الآية ١٢

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، الهداية وشروحها جده ص ١٢١، أصول الفقه للمرديسي ص ٢١٦

(٣) سورة النور الآية ٣٦

(٤) راجع فتح القدير على الهداية جده ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤، أصول الفقه للمرديسي ص

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم **ووجه استحسان أبي حنيفة: أن العادة جارية بالتوسعة على المراضع شفقة على الأولاد وبذلك تكون الجهالة معدومة لتعارف الناس على ذلك^(١).**

المثال الرابع: جواز وقف المنقول استقلاً عن العقار

وقف المنقول فإنه لم يرد نص يفيد جواز وقفه، لأن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يتسارع إليه الفساد، ولا يقبل التأبيد، ولكن جاز وقف المنقول استحساناً لتعامل الناس به، وإن كان في القياس لا يجوز. فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني^(٢) أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه^(٣). أهـ.

(١) راجع المقدمة وشروحها ج ٩ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. أبو عبد الله إمام بالفقهاء والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتب كثيرة في الفقه والأصول منها المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير والآثار والسير والموطأ والأسال والمعارف في الحيل وغيرها توفي سنة ١٨٩ هـ (راجع الأعلام ج ٢ ص ٨٠، الفتوح المبين ج ٢ ص ٨٠).

(٣) راجع شرح فتح القدير ج ٢ ص ٢١٦

المثال الخامس : ما يعتبر رداً في العارية .

إذا استعار إنسان دابة من آخر فردها المستعير إلى اصطبل مالكها، فهلك لم يضمن استحساناً ، وفي القياس أنه يضمن لأنه لم يردّها إلى مالكها، وإنما ضيعها .

وجه الاستحسان : أنه أُلّي بالتسليم المتعارف عليه عرفاً وعادة، لأن رد العواري إلى دار المالك أمر معتاد كآلة البيت، ولو ردها المستعير إلى المالك، فإنه سيردها إلى المربط^(١).

المثال السادس : إذا استأجر الرجل جملًا ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى بلد كذا:

جاز استحساناً، وإن كان المحمل مجهولاً ، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته، ولكن العرف قضى على ذلك، فيصرف إلى المتعارف، فانتهت الجهالة المؤدية إلى النزاع^(٢).

المثال السابع : هل لا يصلح فمقتضى القياس أن يحنث

بمجرد الافتتاح، كما في الصوم حيث يحنث بمجرد الشروع، ولكنه لا يحنث إلا بركعة تامة الأركان، لأن الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان ، فما لم يأت بجميع الأركان لا يسمى فعله صلاة،

(١) راجع تكملة فتح القدير على الفتاوى ج ١ ص ١٧ .

(٢) راجع تكملة فتح القدير ج ١ ص ١٥١ .

بخلاف الصوم فإنه ركن واحد وهو الإمساك، فيتكرر في الجزء الثاني^(١).

النوع الخامس **الاستحسان بالمصلحة**

وهو أن يكون للمسألة حكم بمقتضى النص العام، أو القاعدة المقررة، ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها من هذا الحكم وإعطاءها حكماً على خلافه، أو هو الأخذ بمصلحة جزئية في مسألة ما في مقابلة القياس، وذلك لأن الأخذ بالمصلحة أقرب إلى مورد الشرع، وفيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، لكن يجب أن تكون المصلحة قد شهدت لها النصوص الشرعية من حيث الجنس حتى تصلح لمعارضة القياس ورجحانها عليه، فحكم الاستحسان هنا عدل به عن نظائرها لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائرها^(٢).

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلي :

المثال الأول : ضمان الأجير المشترك استحساناً.

الأجير المشترك كالصباغ والخياط وغيرهما إذا هلك المال في أيديهم بغير تعد أو تقصير، فإن مقتضى القياس عدم الضمان لأن الأمين

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣ ، تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥ ط الأزهر.

(٢) راجع الموافقات جزء ٢ ص ٢٠٧ وما بعدها.

غير ضامن إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ ، ولكن عدل عن هذا، وحكم بالضمان للمصلحة ، وهي المحافظة على أموال للناس، وتأمين أمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشي الخيانات بين الناس^(١).

المثال الثاني: إعطاء الزكاة لبني هاشم استحسانا.

إعطاء الزكاة لبني هاشم غير جائز بمقتضى النص العام وهو قوله ﷺ " إنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وقد جعل الله لهم في خمس الخمس من الغنائم ما يكفيهم يغنيهم"^(٢). ويلزم من هذا ألا تدفع الزكاة إليهم في أى وقت، ومع ذلك فقد أجاز أبو حنيفة ومالك دفع الزكاة لبني هاشم في زمانهما استحسانا على خلاف النص العام رعاية للمصلحة فني الإبقاء على حياتهم ، وحفاظا لهم من الضياع، ولما وقع عليهم من الاضطهاد في زمانهما ، ومنع عنهم حقهم في الغنائم.

(١) راجع العناية على الهداية جـ ٩ ص ١٢١ وما بعدها، للرافعات جـ ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ ٢ ص ١١٩، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ١٢٢.

(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ أخذ الحسن بن علي ثمرة فحملها في فيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " كخ كخ لرم ها أما علمت أنا لا نأكل الصدقة " وفي رواية " لا تحل لنا الصدقة " كما أخرجه الترمذي بلفظ " الصدقة لا تحل لنا، وأن موال القوم من أنفسهم " كما أخرجه الصنعاني في سبله بلفظ إن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن هاشم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عاملا على بعض الزكاة فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم " إن الصدقة لا تتنfy لآل محمد وإنما هي لأوساخ الناس " (راجع صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٧ ص ١٧٤، عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي جـ ٣ ص ١٥٩ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، سل السلام جـ ٢ ص ١٤٧ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان).

فهذا الاستحسان من أبى حنيفة ومالك - رضي الله عنهما - إنما هو عدول منهما عن الحكم بعدم إعطاء الزكاة لبني هاشم إلى الحكم بجواز إعطاءها لهم، بناء على المصلحة التي لاحظها كل منهما^(١).

المثال الثالث : قبول شهادة من يوثق بقوله في الجملة.

إن القياس يوجب أن يكون الشهود عدولا في كل قضية معروضة للنظر بين يدي القضاء، لأن العدالة هي ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، حتى يلزم القضاء بالحكم، ولكن إذا كان القاضي في بلد لا يوجد فيها عدول، فإنه يجب أن تقبل شهادة من يوثق بقوله في الجملة حتى لا تضيع الأموال والدماء^(٢).

المثال الرابع : خيار الشرط يورث عند الملكية .

إن المشتري لو اشترى سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم مات في أثناء المدة، فإن خيار الشرط يورث عند الملكية، فإن اتفق الورثة على فسخ العقد فسخ، وإن اتفقوا على إمضائه، أمضى عليهم أجمعين ، ولكن إن اختلفوا وقبل من رضى الإمضاء أن يأخذ نصيب من رد، فليس

(١) راجع العناية على الهداية جـ ٢ ص ٢٧٢، راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٢ ص ٢٧٢ وما بعدهما، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ حلال الدين عبد الرحمن ص ٢١٧.

(٢) راجع أصول الفقه للشبح أن وهره ص ٢٤٦.

العقد يمضى على البائع استحسانا ، وذلك لأن البيع قد بت من جانبه ، فلا يهمه من ينول إليه ما دام وارثا^(١).

المثال الخامس: اعتبار الاخوة الأشقاء كالأخوة أم في الميراث:

إن القياس يوجب ألا يأخذ الأشقاء إذا انحصر الإرث في الأم وللزوج، والأشقاء، وأخوين لأم وأكثر، ولكن الاستحسان عند المالكية وكما قرر الصحابة لوجب أن يأخذوا ويعتبروا كإخوة لأم ، فإن هذا استحسان لمصلحة الاخوة الأشقاء، ومنعا للقياس العام^(٢).

المثال السادس: جواز بيع الوص مال الكبير الغائب ما عدا العقار.

فإن القياس لا يملك الوصي البيع لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر، ولكن عدل عن هذا القياس استحسانا لمصلحة الغائب إذا كان الشيء المباع يتسارع إليه الفساد لأننا لو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال، ولما العقار فمحض بنفسه. حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه^(٣).

(١) راجع للوافقات جـ ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦، البحر المحيط جـ ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول في اختصار الأصول جـ ٩ ص ٤٠٢٧

(٢) راجع للوافقات جـ ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦

(٣) راجع تحليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلى ص ٣٥٨

النوع السادس

الاستحسان بالقياس الخفي

هو أن يعدل بالمسألة عن حكم للقياس الظاهر للمتبادر فيها إلى حكم آخر مغاير، بقياس آخر هو أدق، وأخفي من الأول، لكنه أقوى حجة، وأسد نظرا، وأصح استنتاجا، وأقوى تأثيرا من القياس الظاهر، أي أن في المسألة قياسان.

أحدهما : ظاهر ضعيف الأثر.

والثاني : خفي قوي الأثر فأخذنا بما هو قوي الأثر وسميناه استحسانا وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب القائلين بالاستحسان ومن هنا نجد أن بعض علماء الحنفية يقصرون تعريف الاستحسان على أنه قياس خفي يقابل قياسا جليا^(١).

قال : سعد الدين التفتازاني: والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا^(٢). أهـ.

وقال المرخسي : الاستحسان في الحقيقة قياسان. أحدهما جلي وضعيف الأثر يسمى قياسا ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحسانا، أي قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و اللوضوح، وأن قوة الأثر

(١) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢، كشف الأسرار للبحاري جـ ٤ ص ٣.

(٢) راجع حاشية التفتازان على شرح المعتمد جـ ٢ ص ٢٨٩

وضعه أساسه التمييز ورفع الحرج، فالاستحسان القياسي أساسه رفع الحرج^(١). أمـ.

وقال النعفي^(٢): لما صارت العلة عندنا علة بأثرها قدمنا على القياس الاستحسان الذي هو القياس الخفي إذا قوي أثره، وقدمنا القياس لصحة أثره للباطن على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي فساد، لأنه لا رجحان للظاهر لظهوره، ولا للباطن لبطونه، وإنما الرجحان لقوة الأثر في مضمونه، فيسقط ضعيف الأثر في مقابلة قوى الأثر ظاهراً كان أو خفياً، فالدنيا ظاهرة والعقبي باطنة، وقد ترجح العقبي حتى وجب الاستغناء بطلبها، والإعراض عن طلب الدنيا لقوة الأثر من حيث الدوام والصفاء، وضعف أثر الدنيا من حيث الكدورة والفناء.

ولهذا قيل: لو كانت الدنيا من ذهب فإن، والعقبي من خزف باق، لكان الواجب على العاقل أن يختار الخزف الباقي، على الذهب الفاني، فكيف والأمر على العكس^(٣)؟ أمـ.

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلي:

(١) راجع أصول السرعسي جـ ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) هو عبد الله بن عمود النعفي أبو البركات - حافظ الدين - فقيه حنفي من أهل إيدج من كور أصبهان ووفاته فيها، من مصنفاته مدارك التنزيل، كز الدقائق، الكافي في شرح الرواي، كشف الأسرار شرح المنار في الأصول توفى سنة ٧١٠هـ وقبل سنة ٧٠١هـ (راجع الأعلام جـ ٤ ص ٦٧ وما بعدها، الفوائد البهية ص ١٠١).

(٣) راجع كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ومثله ذكر في أصول السرعسي جـ ٢ ص ٢٠٣، كشف الأسرار للحارثي جـ ١ ص ١٠ .

المثال الأول: النظر للمرأة الأجنبية للتداوي:

فإن القاعدة التي تبنى عليها الأحكام الشرعية. أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لأنها عورة من رأسها إلى أخمص قدميها- لما في ذلك من الفتنة التي توقع في ارتكاب الفاحشة، لكنه جاز النظر للتداوي لما في ذلك من رفع المشقة، ودفع لها فجوز النظر استحسانا تيسيرا على المسلمين^(١).

وفي هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة: إن المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كروية الطبيب، وأن هذا معارضة بين قياسين: أحدهما: ما قرره القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة، والوصف الثاني ما عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال لحال العلاج . فأعملت على التيسير هنا في هذا الموضع^(٢).أهـ.

المثال الثاني: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن والمبيع

غير مقبوض.

فإن موجب القياس الظاهر أن الذي كان يجب عليه أن يقيم البينة هو البائع، وهو مدعى الزيادة، إذ هما اتفقا على المقدار، والاختلاف في الزيادة فهو للمدعى، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشتري لأنه للمدعى عليه، ولكن استحسان أن يحلف

(١) راجع الأدلة المخطف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبو الكارم ص ٢٧٥.

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧

البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئاً يدعيه الآخر، فالبائع يدعى الزيادة، وينكر استحقاق المشتري للمبيع من غير أدلتها، والمشتري يدعى استحقاقه للمبيع من غير هذه الزيادة، وينكر وجوبها. وترى من هذا أن للاستحسان علة أقوى أثراً من علة القياس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض. فالاستحسان أيضاً أن يتحالف، وذلك لورود السنة بالتحالف إذ يقول النبي ﷺ "إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة تحالفا وترادا" (١).

وأن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبني على علة، والعلة تتعدى، ولذلك قالوا: أنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع، أما بعد القبض، فإنه لا تحالف إلا في البيع (٢).

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي من طريق ابن مسعود بلفظ "إذا اختلف البيعان ولم تكن بينهما؟ قال القول: ما فسال رب السلعة أو يترادان، أخرجه أبو داود والنسائي من طريق الأشعث بلفظ "إذا اختلف البيعان وليس بينهما سنة فهو ما يقول رب السلعة أو يترادان" (راجع سنن الترمذي جـ ٣ ص ٥٦١ كتاب البيوع — باب ما جاء إذا اختلف البيعان حديث رقم ١٢٧٠، سنن أبي داود جـ ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم حديث رقم ٣٥١١، سنن النسائي جـ ٧ ص ٣٠٢ كتاب البيوع — باب اختلاف المتبايعين في الثمن

(٢) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي مع نور الأنوار جـ ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري جـ ٤ ص ١١ وما بعدها، نزهة التحرير جـ ٤ ص ٨٣، شرح المنار وحواشيه ص ٨٢٠، أصول المرحسي جـ ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨.

المثال الثالث : طمارة سوء سباع الطير :

سور سباع الطير ، وهو بقية الماء الذى يشرب منه ، فإن سباع الطير كالنسر والحدأة تشبه سباع البهائم فى كون لحمها نجسا لا يؤكل ، وكونها تتغذى من الحيوانات ، وبما أن سور سباع البهائم كالسبع والفهد والذئب نجس فكذلك سور سباع الطير أيضا ، وذلك قياس ظاهر ، ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفى .

وبيانه : أن سور البهائم كان نجسا لوجود لعابها فى الماء ، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنجاسته ، أما سباع الطير فهي تشرب بمناقيرها ، فلا تلقى الماء فى لعابها ، ومناقيرها عظام لا تترك فى الماء أى أثر ، فلا يصيب الماء

نجاسة بشرب سباع الطير ، فلا يكون السور نجسا ، قياسا على سور الإنسان لأن الماء لا يتنجس بشرب الإنسان . وللاحتياط قالوا إنه مكروه .

ويرى بعض الباحثين أن التمثيل بهذا المثال غير صحيح استنادا إلى أن سباع الطير تأكل للنجاسات ، ومناقيرها لا تخلو من النجاسة ، وهى وإن كانت تشرب بمناقيرها ، وهو عظم فلا تخلط رطوبتها الماء ، إلا أنه لا يصح قياسها على سور الإنسان ، لأنه قد ينزل من جوفها شئ حين شربها فينجس الماء .

وما يقال : إن من عادة هذه الطيور أنها بعد أكلها تلتك الأرض بمناقيرها ، وهو عظم يطهر بذلك .

نقول: إن هذه عادة بعض الطيور في بعض الأحيان، ولا يصح أخذ حكم كلي بناء على استقراء جزئي.

والأولى أن يكون هذا المثال من الامتصاص بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس الاصطلاحي^(١).

المثال الرابع: حق المرور، والري، والصرف، تدخل في وقف الأراضي الزراعية.

حقوق المرور، والري، والصرف تدخل عند وقف الأراضي الزراعية تبعاً، دون النص عليها، أو ذكرها في العقد استحصاناً.

وإن كان القياس يقتضي عدم دخولها، فكان القول بدخول تلك الحقوق في وقف الأراضي الزراعية، عدول عن قياس ظاهر، وهو قياس الوقف على البيع بجامع أن كلا منهما يخرج الملك، فالبيع يخرج ملك المبيع عن بئعه، والوقف يخرج ملك الموقوف عن الواقف.

ولما كانت الأراضي للزراعية عند بيعها لا تدخل فيها حقوق الشرب، والمرور دون النص على ذكرها، يقاس عليها وقف الأراضي للزراعية، أما القياس الخفي فهو قياس الوقف على الإجارة. بجامع أن

(١) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، كشف الأسرار للسني ص ٢٩١ وما بعدها، أصول السرخسي ص ٢٠٤، تيسر التحرير ص ٧٨ وما بعدها، كشف الأسرار على أصول البزدوي ص ٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨، شرح فتح القدير ص ٩٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور بهرام أبو المينين بهرام ص ٢٠٣، الأدلة المخطف فيها للدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ وما بعدها، التلويح ص ١٦٣ وما بعدها.

المقصود من كل منهما. هو الانتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وعند إجارة الأرض تدخل حقوق شربها، وارتفاقها دون نص عليها، فيقياس على ذلك وقفها، فتدخل الحقوق عند الوقف استحسانا، وسبب العدول عن القياس للظاهر إلى القياس الخفي هو أن المقصود من وقف الأراضي الزراعية، هو الانتفاع بالموقوف لا ملك رقبته، ولا يمكن الانتفاع على هذا الوجه إلا بدخول تلك الحقوق بدون ذكر، لما في ذلك من تحقيق للمقصود^(١).

المثال الخامس: الصلاة على الجنازة وركابنا.

فإن مقتضى القياس أن الصلاة على الجنازة ركابنا تجوز لأنها دعاء، إلا أنه عدل عن القياس إلى بطلانها استحسانا، لأنها صلاة من وجه لكونها تحتوي على التحريمة، فقياس صلاة الجنازة على الصلاة بالمعنى الشرعي لا اشتراكهما في تكبيرة الإحرام أقوى من قياسها على المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء^(٢).

المثال السادس: عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية.

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمدا، ثم مات ^{عن هذا} العطف ^{على هذا} بالسراية، فإنه يقتل القاطع قصاصا، لأنه قتل عمد وموجب القصاص،

(١) راجع شرح فتح القدير على الهداية ج ٦ ص ٢١٥ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور محمد سعيد بن إبراهيم
العيني ص ٢٠٣

(٢) راجع شرح فتح القدير على الهداية ج ٢ ص ١٢٧

فإذا عفا المجرى بخلية قبل الموت، فمقتضى القاطع، ثم مات بالمفرقة فالقياس وجوب القصاص، لتحقيق موجبه وهو القتل العمد، وفي الاستصحاب لا يقتل وتجب عليه الدية^(١).

جاء في الهداية: «ومن قطع يد رجل، ففعل المقتووعة سدو عن القطع، ثم مات من ذلك، فعلى القاطع الدية في ماله، وكينان ينبغي أن يجب القصاص وهو القيان، لأنه هو الموجب للعمند، إلا أن في الاستصحاب تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهو بني دارنة للقد، أي دافعة ومنقطعة للقصاص^(٢) أم».

المثال المستفاد من القاطع والمقتووعة من مدينة.

من المقرر فقال أن من له دين خال على آخر - سبق ذراهم، أو دينار - فميرق منه مثله قبل أن يموت فيها ويعتبر أخذه لها استبقاء ولا تقطع يده، أما إذا كان الدين موجلاً، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثله قبل حلول الأجل، إلا أنه لا تقطع يده استصحاباً لأن الطلب أجل لتأخير المطالبة، ثم إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به يصير شبهة دارنة للقطع، وإن كانت لا يلزمه الإعطاء حالاً^(٣).

(١) راجع العناية على الهداية ج ١ ص ٢٥١.

(٢) راجع العناية مع تكملة شرح فتح القدير ج ١ ص ١٤٢ وما بعدها.

(٣) راجع العناية على الهداية ج ١ ص ٣٧٧، الأذلة المخطف فيها للذكور / محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦، الفقه الإسلامي وأدلة المذاهب ومحة الرجالي ج ٢ ص ١٨١ وما بعدها.

جاء في الهداية: «ومن له على آخر ذلهم فسرقت مثلها لم يقطع، لأنه استيفاء للحق، والخالق والموجّل فيه سواء استخساناً، لأن التأجيل لتأخير المظالمية أم» (١).

وبعد فهذه هي أهم أنواع الإمتحان عند القائلين به، ومنها يتبين بجلاء أن الإمتحان ليس قاصراً على القياس الخفي للواقع فتأتي مقابلة القياس الجلي كما صوره بعض غطاء الأصول، كما أنه ليس قاصراً على الإمتحان الثابت بالنص، هو الإجماع، أو للضرورة، أو للقياس الخفي، بل يكون ثابتاً بغيرها من الأدلة كالعرف والمصلحة.

كما أن القياس الذي يذكر في مقابلة الإمتحان، قد يكون المراد به القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام، أو للقاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه معطك بعض الأصوليين.

المبحث الخامس

في

الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به

فَهَيْتَلْ

ذكرنا فيما سبق في للمبحث الأول في تعريف الاستحسان أنه عند بعض الحنفية هو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي، أو هو دليل وقع في مقابلة للقياس، أو هو للدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول.

وعند المالكية: هو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام.

وعند بعض الحنابلة هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من الكتاب والسنة.

وعند أبو الحسين البصري: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول.

ومن العلماء من قال : إنه التيسير ورفع الحرج.

إذا تقرر هذا أذكر للفرق بين الاستحسان والقياس، والاستحسان والمصلحة المرسلة، والاستحسان وتخصيص العلة، والاستحسان والارخصة.

١- القول بكون الاستحسان والقياس:

إن القياس هو إظهار حكم واقعة نص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع في واقعة أخرى لا نص على حكمها لاشتراكها في علة واحدة.

أما الاستحسان فالواقعة دل على حكمها نص أو إجماع. ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تقويت مصلحة، أو جلب منفعة فيحلل عن هذا الحكم إلى حكم آخر لدليل يقتضي هذا الحل. فالقياس مظهر لحكم الأصل في الفرع عند الاشتراك في علة واحدة.

أما الاستحسان فهو يترك حكماً يجب أن يطبق على واقعة ما لضرورة، أو حاجة، أو دليل يقتضي هذا للترك^(١).

هل الحكم بالاستحسان أحد حكمين صحيحين؟ أو أن الاستحسان

مسلط للغير.

وهي المسألة التي يتنازعها موجب القياس والاستحسان، هل تعد مسألة فيها رأيان في المذهب؟

أجوبة: أن الحكم للقياس والآخر أن الحكم للاستحسان؟ وعلى ذلك يكون الأخذ بحكم الاستحسان أرجح من القياس، ومن عمل بحكم القياس يكون قد أخذ بقول مرجوح، أم أنه لا يوجد فيها

(١) راجع أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا اللودي ص ٣٢٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد الزحلي

إلا قول واحد في المذهب، وهو حكم الاستحسان الذي أسقط
للقول بالقياس ؟

لو تتبعنا عبارة العلماء في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن اللفظ
المذكور في أغلب المسائل الاستحسانية هو " إلتنا تركنا القياس "
والمتروك لا يجوز العمل به .

ومعنى ذلك عدم جواز العمل بالقياس في الموضع الذي أخذ فيه
بالاستحسان ، وإذا كان القياس متروكا لايجوز العمل به، كانت المسألة
التي يتنازعها بحسب الظاهر موجب للقياس والاستحسان، ولا يوجد فيها
إلا قول واحد عند الحنفية^(١).

وقال المرخسي: إن بعض المتأخرين من أصحابنا ظن أن العمل
بالاستحسان أولى مع جواز جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان
وهذا وهم عندي، فإن اللفظ المذكور في عامة الكتب إلا أنا تركنا هذا
للقياس والمتروك لا يجوز العمل به، وربما قيل إلا أنى استقبح ذلك ،
وما يجوز العمل به شرعاً يكون استقبحه كفراً، فعرفنا أن للقياس متروك
في معارضة الاستحسان أصلاً ، وأن الأضعف يسقط في مقابلة
الأقوى^(٢) أهـ.

(١) راجع الفروع جـ ٢ من ١٦٣، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٥١

(٢) راجع أصول المرخسي جـ ٢ من ٢٠١

حكم تعارض القياس الظاهر مع الاستحسان القياسي:

درج علماء الأصول من الحنفية على تقسيم القياس إلى قياس ضعیف أثره ، وإلى قياس ظهر فسادہ وخفیته صحته، وقسموا الاستحسان القياسي إلى استحسان قوى أثره واستحسان خفي فسادہ وظهرت صحته^(١).

وعند التعارض يقدم الاستحسان قوى الأثر على القياس ضعيف الأثر، ويقدم القياس الظاهر الذي ظهر فسادہ، وخفیته صحته على الاستحسان الذي خفي فسادہ وظهرت صحته^(٢).

وحقيقة التعارض واقع بين قياسين الأول ظاهر والثاني خفي والترجيح يدور حول قوة العلة وأثرها في الحكم، فالقياس الظاهر ينقسم إلى قياس ضعفت علته في مقابلة قياس خفيت علته أقوى تأثيراً في الحكم فيترجح العمل بالقياس الخفي .

والقسم الثاني للقياس الظاهر هو قياس ظهر فسادہ، وخفیته صحته في مقابلة قياس خفي ظهرت صحته وخفي فسادہ. والمراد بخفاء الصحة في القياس الجلي بأن ينضم إلى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحاناً على وجه الاستحسان في القياس الخفي فيسترجع القياس

(١) راجع فواتح الرحموت وشرحه ج٢ ص ٣٢٢، أصول السرخسي ج٢ ص ٢٠١ وما بعدها، أصول الفقه للحضري ص ٤١٤ ط دار المعارف للطباعة - تونس.

(٢) راجع التلويح ج٢ ص ١٦٣، كشف الأسرار مع نور الأنوار ج٢ ص ٢٩٢ وما بعدها

الظاهر الذي خفيت صحته على الاستحسان لضعف علقته، وقوتها في القياس الظاهر^(١).

٣- الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلات :

يرى جمهور المالكية أن هناك فرقا بين الاستحسان والمصلحة المرسلات حيث إن الاستحسان عندهم استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض أجزائه، في حين أن المصالح المرسلات تكون حيث لا يكون دليل سواها، فحيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص، تكون المصلحة المرسلات هي الدليل وحدها، أما إذا كان في الموضوع قياس وحصل أن طرد القياس يوقع في مشقة أو حرج أو يدفع مصلحة، فإنه يترك القياس استحسانا لجلب المصلحة، ودفع المشقة والتوسعة.

إذا الفارق بينهما ينحصر في أن الحكم الاستحسان في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد لرعاية المصلحة.

أما المصلحة المرسلات فينبغي أن لا تكون مخالفة لقياس يعارضها بل لا بد أن تكون المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

(١) راجع نظرية الاستحسان رسالة ماجستير لأسامة الحمري ص ٥٧ وما بعدها ط دار الفكر - دمشق.

يقول الشيخ أبو زهرة : ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها^(١) أم.

ويرى بعض المالكية كالشاطبي وابن العربي وغيرهما إلى أنه لا فرق بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة. وهذا يتفق مع رأى من ينكر المصالح المرسلة^(٢).

يقول الشاطبي: فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة^(٣).

وأرى أن هناك فرقا بين المصلحة المرسلة والاستحسان، لأن المصلحة لا توجد إلا إذا لم يكن هناك دليل سواها بخلاف الاستحسان فهو ثابت بدليل لكن خولف هذا الدليل لدفع مشقة أو لرفع حرج.

٣- الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة :

زعم بعض العلماء أن الاستحسان من باب تخصيص العلة إلا أن حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن انعدام حكم القياس في صورة الاستحسان المقابلة سببه هو انعدام العلة، ومثال ذلك أن موجب نجاسة سور سباع

(١) أصول الفقه الشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع الأحكام للأمدى ج٤ ص ٢١٣ وما بعدها، شرح المضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ٢٨٨،

حاشية البناني على شرح المحلى ج٢ ص ٣٥٣.

(٣) راجع الاعتماد ج٢ ص ٣٢٤

الوحش هو الرطوبة النجسة في الآلة للشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع للطير فانتقض الحكم لذلك^(١).

قال صاحب التلويح : إن إثبات الحكم بطريق الاستحسان ترك للقياس بدليل أقوى منه ، هو ليس من تخصيص العلة بمعنى انتقاء الحكم للمانع من تحقق العلة لوجهين:-

أحدهما : أن القياس بل الوصف فيه ليس بعلّة عند وجود للمعارض الأقوى لما سبق من أن شرط القياس أن لا يعارضه دليل أقوى منه، فانتقاء الحكم في صورة القياس مبني على عدم العلة لا على تحقق المانع مع وجود العلة.

ثانيهما : أن العلة في القياس ما يلزم من وجودها وجود الحكم بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إلى كل صورة توجد فيها العلة من غير تقييد بعدم المانع فكل ما لا يلزم من وجوده الحكم بل يتخلف عنه ولو لمانع يكون علة، ولما كان هذا الوجه صالحا لأن يجعل دليلا مستقلا على بطلان العلة^(٢). أهـ.

(١) راجع أصول الفروع ج ٢ ص ٢٠٤، التلويح ج ٢ ص ١٧١، نسمات الأسفار ص ١٥٥ ط دار الكتب العربية - مصر.

(٢) راجع التلويح ج ٢ ص ١٧٠ وما بعدها.

٤ - الفرق بين الاستحسان والرخصة:

الرخصة في اللغة: هي السهولة والتيسير يقال: رخص السعر إذا سهل وتيسر، وهي ضد الغلاء، فرخصة الله لعباده تسهيله عليهم، والرخصة في الأمر التخفيف فهي خلاف التشديد^(١).
الرخصة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة عند الأصوليين، وسنتعرض لتعريفها، وذلك من أجل بيان الفرق بينها وبين الاستحسان. خصوصاً وأن الاستحسان كما قال بعض الأصوليين هو نوع من الترخيص.

عرفها الإمام الغزالي فقال: ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم^(٢).

وعرفها الشاطبي فقال: هي ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصاد على مواضع الحاجة فيه^(٣).

وعرفها بعض العلماء فقال: هي ما ثبت ثانياً مبنياً على أضرار العباد: أو يقال هي: للحكم الثابت على خلاف للدليل لعذر. وعرفها بعض الشافعية فقال: هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا للعذر لثبتت الحرمة في حقه^(٤).

(١) راجع مختار الصحاح ص ٢٣٨ وما بعدها، الإحكام للأمندي ج ١ ص ١٨٨.

(٢) راجع المستصفي ج ١ ص ٩٨.

(٣) راجع للرافعات ج ١ ص ٣٠١.

(٤) راجع فواتح الرحموت وشرحه ج ١ ص ١١٦، الإحكام للأمندي ج ١ ص ١٨٨.

من هذه التعريفات تبين لنا أن الرخصة تدور حول أمرين هما:
الأول: وجود العذر، وهو المشقة والحاجة أو الإكراه أو الضرورة،
فالمشقة والحاجة هي العذر المبيح لرخصة الإقطار للمسافر
والمريض، والإكراه هو العذر المبيح لرخصة النطق بكلمة الكفر
مع اطمئنان القلب بالإيمان، والضرورة هي المبيحة لرخصة تتول
المضطر للميتة، ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها.

الثاني: بقاء سبب الحكم الأصلي قائما فالمكلف يجوز له العمل بحكم
الرخصة في موضع مع بقاء الحكم الأصلي.

فالرخصة ليست الحكم الأصلي بل حكم جاء مانعا من استمرار
الحكم الأصلي، والترخيص يقتضي الجواز، وهذا يعني أن المكلف مخير
بين الأخذ بالعزيمة أو الأخذ بالرخصة، ولوجود الحكمين في المسألة
وهما حكم العزيمة وحكم الرخصة.

وهنا يتجلى لنا الفرق بين الاستحسان والرخصة وهو. أن العمل
بحكم الاستحسان يلغي الحكم الأصلي المقابل له، لأن حكم القياس
المعدول عنه إلى الاستحسان أصبح متروكا.

أما الرخصة فالمكلف مخير بين العمل بالرخصة أو الأخذ
بالعزيمة التي هي الحكم الأصلي، أي أن العمل بالرخصة جائز مع بقاء
الحكم الأصلي قائما^(١).

(١) راجع أصول الشرحي ج ٢ ص ٢٠١، التلويح ج ٢ ص ١٦٣ وما بعدها، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي
ص ٧٥ وما بعدها.

قال الشاطبي: ومن الاستحسان أيضا : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وقصر الصلاة والفطر للمسافر، وسائر الترخيصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار الحال في جلب المصالح ودرء المفاسد حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ذلك لأننا لو أبقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان الواجب مراعاة ذلك المآل إلى إقصاءه، ومثلته الاطلاع على العورات في التدلوي، والقرض، والمسقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة^(١) أهـ.

وقد عبر السرخسي عن هذا المعنى في تعريفه للاستحسان حين قال: " إنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، وقيل إنه طلب السهولة في الأحكام والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، ثم قال وأخيرا هو ترك العسر لليسر^(٢).

وعبر ابن العربي عن ذلك في تعريفه للاستحسان حيث قال: " إنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والتخفيف لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.

إلا إنني أرى أن ما ذكره بعض الأصوليين من أن سائر الترخيصات تندرج في مفهوم الاستحسان، لا بد وأن يحمل على محمل التجوز، أي

(١) راجع المرفقات جـ ٢٠٧

(٢) راجع المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥

لعلهم قصدوا بالرخصة معناها اللغوي وهو التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس.

لأن الترخيص يقتضي التخيير للمكلف بين العمل بالحكم الأصلي العزيمة، أو العمل بحكم الرخصة، أما حكم الاستحسان بعد ثبوت دليله فإنه يلغي جواز العمل بالحكم الأصلي المقابل له. كما أن الرخصة تعتبر استثناء من أصل كلي أو قاعدة. فإن الاستحسان ينفرد عنها فيما ليس استثناء، وذلك في الاستحسان للقياسي لأن حقيقته راجعة إلى الترجيح بين الأقيسة المتعارضة، وأن المرجع فيه إلى قوة الدليل ودقته لا إلى الحاجة والتيسير^(١).

(١) راجع نظرية الإباحة للدكتور / محمد سلام مذكور ص ٤٢٦ وماعدها ط دار النهضة العربية ، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٦ وما بعدها.

المبحث السادس

في

أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان

في الفقه الإسلامي

مَهَيِّدٌ

إذا كان استنباط الأحكام الشرعية متوقفة على علم أصول الفقه تبين أن هناك تلازما وثيقا بين الفقه والأصول، يظهر أثره عند تطبيق المستنبط للحكم الشرعي، سواء على نفسه أم على غيره.

ولذلك يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله - كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو تكون عوناً في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية^(١). أهـ.

هذا ولقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضاً منها.

(١) راجع للملاحظات ج ١ ص ٤٢

المسألة الأولى

في

شروط الخيار لغير المتعاقدين

اتفق الفقهاء على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط الخيار للأجنبي- أي لشخص غير العاقدين - والخلاف على مذهبين أذكرهما فيمايلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية عدا زفر- والمالكية وبعض الحنابلة ونقل عن الشافعي في أحد قولييه وهم يرون أن اشتراط الخيار لغير العاقدين يجوز ويصح البيع ويلزم الشرط استحصانا.

جاء في الهداية : ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره. فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض^(١) أهـ .

وجاء في بداية المجتهد : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك يجوز ذلك، والبيع صحيح^(٢) أهـ.

(١) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٢٠، ومثله في بدائع الصانع ج٥ ص ١٧٤

(٢) راجع بداية المجتهد ج٢ ص ٢١٢

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره^(١) أهـ.

وجاء في المجموع قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران أحدهما باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي - رحمه الله - ^(٢) أهـ .

المذهب الثاني:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الصحيح، والقاضي من الحنابلة، وزفر من الحنفية. وأصحاب هذا المذهب يرون عدم صحة شرط الخيار لغير العاقدين .

جاء في المذهب: وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان. أحدهما لا يصح^(٣) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني لم يصح^(٤) أهـ.

وجاء في الهداية، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر^(٥) أهـ.

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٠٠

(٢) راجع المجموع جـ ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٣) راجع للمذهب جـ ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٠٠

(٥) راجع الهداية جـ ٣ ص ٣٢٠

الألمة

١- **دليل المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائل بجواز اشتراط الخيار لغير العاقدین بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شرعيته لاستخلاص الرأي ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه، وجودة رأيه، ومعرفته بالقيم وأحوال البواعث ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفس الخيار^(١).

٣- **دليل المذهب الثاني:** استدل أصحاب المذهب الثاني القائل. بعدم صحة الخيار لغير العاقدین. فقالوا: إن الخيار من مواجب العقد، وحكم من أحكامه، فلا يثبت لغير العاقدین. كاشتراط الثمن على غير المشتري، وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين، فلا يكون لمن لاحظ له فيه^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وألمة كل فريق يتبين لنا أن الراجع هو المذهب الأول القائل : بجواز اشتراط الخيار لغير العاقدین استحسانا لحاجة الناس، ودفعاً للحرج عنهم.

(١) راجع المقدمة مع شرح فتح القدير ج٦ ص ٣٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٤ ، النامية على

المقدمة ج٦ ص ٣٢٠

المسألة الثانية

قبض الهبة بغير إذن الواهب

القبض في الهبة عند الحنفية والشافعية شرط صحة للزوم الهبة. حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض.

وعند الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

وعند المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتتمامها. بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب.

واتفق الفقهاء - عدا للمالكية - على أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن للبائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً^(١).

(١) راجع المفتي لابن قدامة ج٣ ص ٥٠٠، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢١٠

(٢) راجع بدائع الصالحات ج٦ ص ١٢٢، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ج٩ ص ٢١، مغني المحتاج ج٢ ص

٤٠٠، المجموع شرح المهذب ج١٥ ص ٣٧٩، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٩، حاشية الدررقي على الشرح

الكبر ج٤ ص ١٠٤، المفتي لابن قدامة ج٦ ص ٤٤.

واختلفوا فيما إذا لم يأمره بالقبض، ولم ينهه، فإذا قبض الموهوب له الهبة هل يصح القبض أم لا ؟ والخلاف على مذهبين هاك بيانهما.

المذهب الأول:

وعليه للشافعية والحنابلة وهم يرون أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في مجلس العقد أم بعده.

جاء في مغني المحتاج ، ولا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، دخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده^(١) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة. والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها للموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض^(٢) أهـ.

(١) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح للمذهب جـ ١ ص ٣٧٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية وهم يرون أن الموهوب له إذا قبض الموهوب فسي
مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الاشتراق
عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن الواهب في القبض^(١).

الأدلة

١- دليل المذهب الأول القائل: بعدم جواز قبض الهبة بغير إذن الواهب
فقالوا : إن التسليم غير مستحق على الواهب، كما أن القبض غير
مستحق للموهوب له، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب
قياساً على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع الثمن ، فلا يصح
إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه، وذلك سواء في
مجلس العقد أم خارجه .

وقالوا : إن وجه القياس أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن
ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه^(٢).

٢- دليل المذهب الثاني القائل: بجواز قبض الهبة بغير أمر الواهب
وفرقوا بين القبض في مجلس العقد وفي غيره. استدلوا بالاستحسان .

(١) راجع العناية مع الفتاوى ج ٩ ص ٢١، مدائع الصنائع ج ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب ج ٥ ص ٣٧٩، الفتاوى

ج ٩ ص ٢١ وما بعدها.

وجه الاستحسان:

أن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك. والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض، فكان إنفاً دلالة. وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت للتسليط فيه إلحاقاً له بالقبول، والقيد يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق يتبين لنا أن المرجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني - وهم الحنفية - وذلك لأن قصد الواهب من الهبة تملك الشيء الموهوب للموهوب له. فصار الإيجاب منه دلالة بالإذن بالقبض، كما أن الواهب لو لم يرد الإقباض فله أن ينهي الموهوب له عن قبض الشيء الموهوب ويسترده منه.

(١) راجع للمطالعة مع العناية جـ ٩ ص ٢٢ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور / وحيبة الزحيلي جـ ٢٠ وما بعدها ط دار المكر.

المسألة الثالثة

في

شركة المفاوضة

تعريف المفاوضة لغة :

للمفاوضة في اللغة معاني متعددة، فقيل إنها مشتقة من التفويض، لأن كل واحد من الشريكين يفوض إلى الآخر أمر التصرف في مال الشركة، ومن هذا قوله تعالى: ﴿ وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد ﴾^(١).

وقيل: هي مشتقة من الفوض بمعنى الانتشار، يقال فاض الماء إذا انتشر فلما كان هذا العقد مبنيًا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات وفي عموم التجارة سمي مفاوضة.

وقيل: هي المساواة، وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف.

والراجح أنها مشتقة من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر^(٢).

(١) سورة غافر من الآية ٤٤

(٢) راجع تاج العروس ج ٥ ص ٣٤٦، المصاح النور ج ٢ ص ٤٨٥، مختار الصحاح ص ٥١٤، فتح القدير ج ٦ ص ١٥٦، القاموس المحيط ج ٢ ص ٣٥٣ ط مصطفى الباق الحلبي وأولاده بمصر، بدائع الصالحات ج ٢ ص ٥٨

تعريف المفاوضة في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفها وسأذكر بعض هذه التعريفات حتى يتبين لنا هل هي جائزة أم لا ؟.

تعريفها عند الحنفية:

هي أن يشترك اثنان أو أكثر وأن يكونا متساويين في رأس مال الشركة. وفي رموس أموالهم للخاصة ، ولهم الحق في إدارتها بالتساوي. ولا بد من تحقق هذه الشركة عندهم من عدة شروط فليرجع إليها من شاء^(١).

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع للتجارات، يفوض كل واحد منها أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق^(٢). أهـ.

تعريفها عند المالكية:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله. مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات^(٣).

(١) راجع للبوط ج ١١ ص ١٥٢، فتح القدير ج ٦ ص ١٥٦، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٥٨

(٢) راجع المقدمة ج ١ ص ١٥٦

(٣) راجع بداية المتهجد ج ٢ ص ٢٧١، شرح الرزقاني على مختصر خليل ج ٦ ص ٤٤

قال في الشرح الكبير. ثم إن أطلاقا التصرف. بأن جعله كل لصاحبه غيبة، وحضورا. في بيع وشراء، وكراء ولكتراء، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق — مفاوضة^(١). أهـ.

تعريفها عند الحنابلة:

هي أن يشتركا في جميع الأنواع مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك^(٢).

تعريفها عند الشافعية:

هي أن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانها، وعليهما ما يعرض من غرم، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد^(٣).

التعريف المفتار:

يتضح مما سبق أن تعريف الحنفية قد جاء مستوعبا لكل ما يصح شرعيتها، ويفيد جوازها، غير أن شروط هذه الشركة عند الحنفية تجعلها نادرة الوقوع.

هذا وبعد تعريف شركة المفاوضة اختلف العلماء في جوازها على

مذهبين:

(١) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل جـ ٢ ص ٣٥٢

(٢) راجع المفتي لابن قدامة جـ ٥ ص ٢٢

(٣) راجع المجموع شرح المهذب جـ ١٤ ص ٧٤، معنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١٢.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، وهم يرون أن شركة المفاوضة جائزة وأن اختلفوا في معناها وشروطها^(١).

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة وهم يرون عدم جواز شركة المفاوضة بل أنكروها إنكاراً تاماً حتى قال الإمام الشافعي. وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئاً من الدنيا باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة^(٢).

(١) راجع المقدمة مع فتح القدير ج٦ ص ١٥٧، بدائع الصنائع ج٦ ص ٦٠، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٥١، المنقذ لابن قدامة ج٥ ص ٢٢.

(٢) راجع المجموع شرح للمذهب ج١٤ ص ٧٤، مفتي المختار ج٢ ص ٢١٢، الأم ج٣ ص ٢٠٦.

الأدلة

١- أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز شركة المفاوضة بالاستحسان ووجه هذا الاستحسان ما يلي:

أ - قوله ﷺ "فاوضوا فبته أعظم للبركة"^(١).

وجه الدلالة:

فإن في الحديث توجيه من سيدنا رسول الله ﷺ ، وهو يدعو إلى الإحسان في نوع التعامل المعروف لتعظم البركة فيه ، ويزاد اليمن ففي هذا الحديث إقرار لشركة المفاوضة ودعوة إلى الإحسان فيها^(٢).

ب- إن الناس تعاملوا بها من غير نكير، كما أنها تتضمن أمرين جلتزين هما الوكالة والكفالة ، وتجاوز كل واحدة منهما حال الانفراد فكنذلك في حالة الاجتماع، ثم إن شركة المفاوضة من طرق استئناء المال

(١) هذا الحديث ذكره الزيلعي بدون إسناد وقال : عنه غريب، ولم يرحه ابن ماجه في سننه من طريق صالح عن صهيب عن أبيه بالنقل قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة وإحلاط السر بالشعر للبيت لا للبيع" وقال ابن ماجه في إسناده صالح بن صهيب مجهول (راجع نصب الرأية جـ ٣ ص ٤٧٥ كتاب الشركة، سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارة - باب الشركة والمضاربة حديث رقم ٢٢٩٨).

(٢) راجع المفاداة مع فتح القدير جـ ٦ ص ١٥٧

أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة كشركة العنان^(١).

لليل المذهب الثاني: على عدم جواز شركة المفاوضة استئقوا بالقياس.

ووجه القياس :

أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد على الانفراد، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر، وواحد منها يكفي لبطلانها فكيف إذا اجتمعت فهي قمار، أو أشد منه^(٢).

أجيب عن ذلك:

بأن الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعاً، والتصرف قد يصح تبعاً، ولا يصح مقصوداً. كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، كما أن شركة المفاوضة لا غرر فيها لأن الشركاء اتفقوا على أن يلتزم كل منهم بما يلزم الآخر بالتساوي^(٣).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن شركة المفاوضة جائزة لأن نصوص الشريعة ليس فيها ما يدل على

(١) راجع بدائع الصائع ج٦ ص ٥٨، المدابة وشروحها ج٦ ص ١٥٨

(٢) راجع المجموع ج١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج ص ٢١٢، الأم ج٣ ص ٣٠٦

(٣) راجع المدابة مع فتح القدر ج٦ ص ١٥٨، بدائع الصائع ج٦ ص ٥٨

تحریمها وليس الفرر محقق فیها، وليس فیها استغلال شریک لآخر لأن
کل من الشریکاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شریکة.

المسألة الرابعة

في

إقرار الوكيل بالخصومة

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله. هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هلك بينهما

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية ونسب إلى ابن أبي ليلى، وأصحاب هذا المذهب يرون أن إقرار الوكيل على الموكل بقبضه الحق المدعى به، أو نحوه كتسليم وكيل المدعى عليه بحق الخصم فيما ادعاه لا يقبل إقراره، ولا يلزم الموكل سواء كان الإقرار في مجلس القاضي أو غير في مجلسه^(١).

جاء في الأم: وإذا وكل للرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة إنه وكله بأن يقر عليه، ولا يصالح، ولا يبرئ، ولا يهب، فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل^(٢) أهـ.

وجاء في بداية المجتهد: واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة. هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك لا يتضمن^(٣) أهـ.

(١) راجع الأم جـ ٣ ص ٢٠٧، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٧٨،

المقنن لابن قدامة جـ ٥ ص ٧٢، المغلدة مع فتح القادر جـ ٨ ص ٢٠٧

(٢) راجع الأم جـ ٣ ص ٢٠٧

(٣) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٧

وجاء في المغني لابن قدامة: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره^(١) أهـ.

المذهب الثاني: وعليه - أبو حنيفة ومحمد من أصحابه - رحمهم الله تعالى -:

وهما يرون أن الوكيل إذا أقر في مجلس القاضي جاز إقراره، ولزم موكله، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس للقضاء.

جاء في الهداية: وإذا أقر للوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه مطلقا^(٢). أهـ.

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

القائل بعدم قبول إقرار الوكيل على موكله. فقالوا إن الوكيل مأمور بالخصومة، والخصومة حقيقتها المنازعة بينما الإقرار يعتبر مسالمة ومساعدة في وصول الخصم إلى الحق المتنازع عليه فهما

(١) راجع للمغني لابن قدامة جـ ٢ ص ٧٢

(٢) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٤

مقضادان، والأمر بالشئ لا يتناول ضده^(١). بدليل عدم ملكيته المصلحة والإبراء لتضاد هذه الأفعال معنى الخصومة. وأيضا لصحة استثناء الإقرار في الخصومة، فلو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه^(٢).

٣- دلائل المذهب الثاني:

القائل ، بقبول إقرار الوكيل عند القاضي لا غير، ويلزم الموكل ما أقر به، ولا يلزم عند غيره- ويخرج من الوكالة- استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه، وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإنكار، والإقرار جميعا دون أحدهما عينا وطريق المجاز بين الخصومة، ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب تحريا لصحة كلام الموكل، لأن كلام العاقل بصان عن الإلغاء.

(١) بل تراجع أن الأمر بالشئ لم ي عن ضده (راجع المستصفى ج١ ص ٩٨)

(٢) تراجع للمعني لأن قدامة ج٥ ص ٧٢، الأم ج٣ ص ٢٠٧، المعاني مع تكملة فتح القدير ج٥ ص ١١٤، بدائع الصانع ج١ ص ٢٤

والتوكيل يتناول جوابا يسمى - خصومة حقيقة أو مجازا - والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء، فيختص به. وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا، إذ الإقرار خصومة - مجازا - من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به^(١).

استدل أبو يوسف على قوله : بقبول إقرار الوكيل على الموكل مطلقا . إن الوكيل قائم مقام الموكل، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذلك إقرار نائبه، وهو الوكيل فيقبل إقراره عليه مطلقا^(٢).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح لا يصح إقرار الوكيل بالمدعي الأصلي الموكل على إثباته أساسا، بخلاف ما يظهر من وجوه أثناء الخصومة فيصح إقراره بها وهذا بالنسبة لوكيل المدعي، أما للوكيل من قبل المدعي عليه لا يصح إقراره بالمدعي عليه إن كان متحدا وإلا جاز إقراره بالبعض.

(١) راجع المقدمة مع تكملة فتح القدير جـ ٢ ص ١١٧، العناية على المقدمة جـ ١ ص ١١٧، بدائع الصنائع جـ ٦

(٢) راجع للمراجع السابقة .

المسألة الخامسة

في

ردة الزوجين معا

إذا تزوج معلوم بمسلمة، وبعد زواجهما ارتدا معا، فهل يبقى النكاح على حاله أم أنه ينفسخ؟.... وهل للحكم قبل الدخول كالحكم بعد الدخول .

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين هك بيانهما:

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية والإمامية وأصحاب هذا المذهب يرون أن ردة الزوجين معا إذا كانت قبل الدخول ينفسخ النكاح في الحال، وإذا كانت بعد الدخول توقفت الفرقة على انقضاء العدة كالقول في ردة أحدهما^(١).

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية -عدا زفر- وهو رواية عن أحمد وهو مذهب الزيدية وأصحاب هذا المذهب يرون أن الزوجين إذا ارتدا معا بقي النكاح استحصانا^(٢).

(١) راجع مفتي المحتاج جـ ٣ ص ١٩٠، والإقناع جـ ٣ ص ٢٠٤، بلإع الصانع جـ ٢ ص ٣٣٧، الهداية مع فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٠، حواشر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ ٣ ص ٣٧ ط أنصار السنة المحمدية.

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٠ وما بعدها، السوط جـ ٤ ص ٤٩، المفتي لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٦٤، الفواكه الدواني جـ ٢ ص ٤٩ ط مصطفى الباي الحلبي وأولاده - مصر.

الأدلة

أولاً: أدلة المذهب الأول: القائلين بالتفريق بين الدخول وعدمه استدلوا

بما يلي

١- إن الردة طرأت على النكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياساً على ردة أحدهما^(١).

٢- إن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله، واستباحة نساء^(٢).

٣- إن في ردة الزوجين معا ردة أحدهما وزيادة فإذا كانت ردة أحدهما منافية للنكاح فردتهما أولى بالبينونة^(٣).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني: القائلين بأن النكاح لا يفسخ استحساناً. ووجه الاستحسان المنقول والمعقول .

فمن المنقول:

ما روي أن بني حنيفة^(٤) ارتكوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بعد للتوبة ، ولا أحد من الصحابة - رضي الله عنهم - فحل ذلك محل الإجماع^(٥).

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٦٤

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع تبين الحقائق جـ ٢ ص ١٧٨ ط دار المعرفة - بيروت - لسان فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣١ ، ملاتع الصنائع

جـ ٢ ص ٣٣٧ ، المبسوط جـ ٥ ص ٤٩

(٤) وهي ديار نسب لبني زيد بن ثعلبة الحنفيين باليمامة وقتلهم خالد بن الوليد على رأس جيش وانتصر عليهم (راجع الأعلام جـ ٧ ص ٢٢٦ ، معجم البلدان جـ ٢ ص ١١٠ ط دار صادر بيروت - لبنان .

ومن المعقول بما يلي:

إن الزوجين إذا ارتدا معا لم يختلف لهما دين ، ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما إذا أسلم الكافران^(١).

أ - إن ردة الزوجين معا وإسلامهما معا. دليل للموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ردة أحدهما، وذلك لأن جهة المناقاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامهما بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره^(٢).

٢- هذا وبعد عرض ما قاله الفقهاء، وأدلة كل قول يتبين لنا أن القول للراجع والأولى بالقبول هو القول الثاني للقائل بأن ردة الزوجين معا لا تفسخ النكاح وهو استحسان من الحنفية لأنه لم يوجد من الزوجين اختلاف دين ولا دار فبقي ما كان على ما كان، كما أننا لو ألزمناهم بتجديد الأتكة لكان في ذلك مشقة، ولكن ذلك بتفسيرهم عن الرجوع إلى الإسلام.

(١) راجع فتح القدير على المدة جـ ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٣٢٨، اليسوط جـ ٥ ص ٤٩

(٢) راجع البحر الزخار جـ ٦ ص ٤٢٦ الناشر دار الكتاب الإسلامي.

(٣) راجع تبين الحقائق جـ ٢ ص ٨٧٨، فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣١.

المسألة السادسة

في

حكم قاطع الطريق في المصر

قاطع الطريق هو: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور. سواء كان القطع من جماعة أو من واحد، وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا والحجر والخشب بعد أن يكون له قوة القطع^(١).

فمن قطع الطريق في المصر، أو قريبا منه أو في القرى . هل يعتبر قاطع طريق، ويقام عليه حد قطاع الطريق، أو لا يكون قاطع الطريق إلا في الصحراء . اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانها.

المذهب الأول:

وعليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الحنفية. ونسب إلى الليث والأوزاعي وأبي ثور وأصحاب هذا المذهب يرون أن قطع الطريق يكون داخل المصر وخارجه على حد سواء. جاء في بداية المجتهد: واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء^(٢). أهـ

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٠.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٥٥، ومثله في حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٤٨

وجاء في الأم: والمحاربون الذين هذه حدودهم - بعد ذكره حد قاطع للطريق - اللقوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق، وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنباً فحدودهم واحدة^(١) أهـ.

وجاء في للمغني لابن قدامة : وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام للمحاربين لهم شروط ثلاثة :

أحدهما: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد رحمه الله -فيهم وظاهر كلام الخراقي. أنهم غير محاربين ، قال وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان^(٢) أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : أن يكون في غير مصر فإن كان بمصر لا يجب الحد سواء كان القلع نهاراً أو ليلاً، وسواء كان بسلاح أو غيره. وهذا استحسان، وهو قولهما. وللقياس أنه يجب وهو قول أبي يوسف^(٣) أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة ومن أصحابه محمد بن الحسن وبعض الحنابلة ونسب إلى الثوري وإسحاق وأصحاب هذا المذهب يرون أن لا يكون

(١) راجع الأم ج٦ ص ١٥٢ ومثله جاء في مفتي الختاج ج٤ ص ١٨١

(٢) راجع للمغني لابن قدامة ج٩ ص ١٤٤

(٣) راجع بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٢ ومثله جاء في المبوط ج٥ ص ٢٠١

قطع الطريق إلا في الصحراء، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ولا في القرى^(١).

جاء في الهداية: ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة، فليس بقاطع طريق^(٢) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: والمحاربون للذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيعصبونهم المال مجاهرة^(٣) أهـ.

الأدلة

١- أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا استنكفوا بالكتاب والقياس والمعقول إليك بيان هذه الأدلة:

دليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٤).

(١) راجع المبسوط ج٩ ص ٢٠١، منافع الصنائع ج٧ ص ٩٢

(٢) راجع المغني مع فتح القدير ج٥ ص ٤٣١

(٣) راجع المغني لابن قدامة ج٩ ص ١٤٤

(٤) سورة المائدة الآية ٣٣

وجه الدلالة:

أن الآية عامة تتناول كل محارب سواء كان في المصر أو في الصحراء وحيث لم تفرق بينهما وجب الحد على من قطع الطريق في المصر وهو المدعى^(١).

دليلهم من القياس:

ووجه أنه إذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق. قياسا على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء وهو موضع للخوف، فلأن يجب في المصر وهو موضع الأمن أولى، لعظم جراتهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم^(٢).

ج- دليلهم من العقول:

قالوا إن محاربة شرع الله ﷻ، وتعدى حدوده، لا يختلف تحريمها بكونها خارج المصر أو دخله كغيرها من سائر المعاصي من زنا وشرب خمر وغيرهما . إلا أن الشافعية قالوا يشترط في قاطع الطريق أن يكون له شوكة أى قدرة وقوة مغالبة لغيره، والمغالبة إنما تأتي بالبعد عن العمران بحيث لو قال الشخص يا غوثاه أغاثه الناس، وتوجد المغالبة في المصر أيضا حال ضعف السلطان^(٣).

(١) راجع للفتي لابن قدامة ج٩ ص ١٤٤، مفتي المحتاج ج٤ ص ١٨١، المدللة مع فتح القدير ج٥ ص ٤٣١.

(٢) راجع بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٢، البسوط ج٩ ص ٢٠١.

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي ج٥ ص ١٣٤ وما بعدها.

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب للقائلون بأن قطع الطريق لا يكون إلا في الصحراء ولا يكون في المصر بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع في الأمصار وفيما بين القرى، لأن المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب، كما أن الناس يغيثون المقطوع عليه في كثير من الأحيان فكان القطع في المصر بالغصب أشبه، فعليه التعزير ورد ما أخذ من مستحقة، وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية لكن المفتي به خلافة أي أن المفتي به هو رأي أبي يوسف الذي يقضي بأن الحراية تقع في المصر ليلا ونهارا، بسلاح أو بدونه دفعا لشر المتغلبة والمفسدين^(١).

جاء في بدائع الصنائع وقيل: إنما أجاب أبو حنيفة - عليه الرحمة - على ما شاهده في زمانه. لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح: فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر، والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد. وعلى هذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - فيمن قطع بين الحيرة والكوفة - أنه لا يجري عليه

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ ص ٤٣١ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ص ٧٢، المسوط جـ ص ٢٠١، المعنى لابن قدامة جـ ص ١٤٤، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ ص ١٣٤.

الحد لأن الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر. والآن صار ملتحقاً بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق^(١) أ.هـ. هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقان يتبين لنا أن للراجع ما عليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأنه يثبت قطع للطريق داخل المصر وخارجه على حد سواء، لأنه إذا وجب الحد على قاطع الطريق في الصحراء. فمن باب أولى وجوبه على قاطع الطريق في المصر لأن الصحراء موضع للخوف، والمصر موضع الأمن فإذا تحقق قطع الطريق في المصر دل على عظم جرائعهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم. فيطبق عليهم الحد دفعا لشرهم.

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٢ ومثله جاء في الموطأ جـ ٩ ص ٢٠١ وما بعدها.

المسألة السابعة

الاشتراك في السرقة

إذا دخل جماعة الدار فأخذوا متاعاً، وحملوه على ظهر رجل منهم أو رجلين، وخرج الباقون من غير حمل شيء، أو دخل جماعة منهم الدار، وأخذوا المتاع، وترصد الباقون لحراستهم. فهل يقطع الحامل للشيء، والداخل في الدار فقط أم يقطع الجميع ؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بينهما :

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي ومالك وزفر من الحنفية، وأبو ثور وابن المنذر. وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الذي أخرج المتاع وتولى الأخذ فقط.

جاء في الأم : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معاً. ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم . قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، وكذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب، أو في موضع يحميهم فمن أخذ المتاع منهم - قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرج من جوف البيت^(١) أهـ .

(١) رابع الأم ص ١٤٩

وجاء في حاشية الدسوقي : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشيء دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوه - لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم^(١) .

وجاء في الهداية : والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر رحمه الله^(٢) . أهـ .

المذهب الثاني :

وعليه أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الجميع^(٣) .

جاء في الهداية : إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا^(٤) . أهـ .

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن دخلوا جميعا فأخرج أحدهم المتاع وحده ، فقال أصحابنا للقطع عليهم^(٥) . أهـ .

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٣٥ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده - مصر .

(٢) راجع المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩

(٣) راجع فتح القدير على المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩ ، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١

(٤) راجع المفاتيح ج ٥ ص ٣٨٩

(٥) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١

الأدلة

١- استدلال أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بأن القطع على المخرج فقط بالقياس الظاهر.

وجه القياس:

أن الإخراج قد وجد منه وحده والسرقة تمت به فكان هو السارق وحده، وإنما القطع على السارق فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئاً لا يجب فيه القطع لا يقطع لأنه لم يتحقق شرط القطع^(١).

٢- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن للقطع على الجميع استدلال بالاستحسان.

وجه الاستحسان:

أن إخراج المتاع من الحرز - وإن قام به البعض لكنه في المعنى يعتبر من الكل لتعاونهم واشترلكهم في هناك الحرز إذا المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، وينتهي بالاقون للدفاع والحماية. فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود^(٢).

(١) راجع معنى المحتاج جـ ص ١٧٢، شرح الزرقاني على الموطأ جـ ص ١١٧، الفهامة جـ ص ٣٨٩

(٢) راجع البناء على الفهامة جـ ص ٥٧٩ ط دار الفكر، فتح القدير على الفهامة جـ ص ٣٨٩ وما بعدها،

العناية على الفهامة جـ ص ٣٨٩

جاء في المغني لابن قدامة: أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزم القطع كما لو حملوه جميعاً^(١) أهـ.

وجاء في الهداية: ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في المارقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقيون للدفع فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد^(٢) أهـ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح قول أصحاب المذهب الثاني للقاتل بأن القطع على الجميع، وذلك حتى لا يؤدي الاشتراك إلى الإفلات من العقاب، وتضييع الحقوق وتعطيل الحدود .

(١) راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٩

(٢) راجع الهداية ج ٥ ص ٣٩٠، الناية على المغنية ج ٥ ص ٣٧٩

المسألة الثامنة

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل

اتفق العلماء على أنه إذا اختلف شهود الزنا . فشهد اثنان أنه زنى بها في بلد كذا واثنان في بلد كذا، أو أنه زنى بها في بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر .
فالإتفاق على أن هذه البيئة لا تقبل، ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدتين .
وأما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان البيت صغيرا ضيقا، والزوايا متقاربة. فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين لأحدهما فيما يلي .

المذهب الأول:

وعليه جمهور المالكية والشافعية . وزفر من الحنفية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هذه الشهادة لا تقبل، ولا يثبت بها الحد^(١).
جاء في بداية المجتهد: وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا مكان ألا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة

(١) راجع بداية المجتهد ج ٦ ص ١٣٥، مفتي المحتاج ج ٤ ص ١٥١

الزوايا المشهورة، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن البيت يطؤها غير الركن الذي رآها فيه الآخر^(١) أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : ولو عين شاهد من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه، وعين الباقيون منهم زاوية غيرها لم يثبت الحد^(٢) أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد - رحمهم الله تعالى - وأصحاب هذا المذهب يرون أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد.

جاء في بدائع الصنائع : ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه^(٣) أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: وإن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متقاربتين كملت شهادتهما وحد المشهود عليه^(٤) أهـ.

(١) راجع بداية المتهجد جـ ٢ ص ١٣٥

(٢) راجع معي المحتاج جـ ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٩

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٧٤

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

الذين قالوا برد هذه الشهادة وعدم ثبوت الحد بها.
فقالوا : إن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الزمان، والاتفاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة فكذلك الاختلاف في المكان ، كما أن الاختلاف يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره^(١).
جاء في مغني المحتاج لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه ما لو قال بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم بالعشي^(٢) أهـ.
وجاء في بداية المجتهد : وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فأجمعوا على أنها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان، والظاهر من الشرع قصده إلى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود^(٣) أهـ.
وجاء في الرسالة : وأي استحسان في سفك دم امرئ مسلم. وأشار بذلك إلى إيجاب الحد على المشهود عليه بالزني في الزوايا^(٤) أهـ.

(١) راجع الفقه الإسلامي للدكتور / وعة الزحيلي ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) راجع مغني المحتاج ص ١٥١

(٣) راجع بداية المجتهد ص ١٣٥

(٤) راجع الرسالة ص ٥٥

وجاء في نفائس الأصول : قولهم في شهود الزنى وجب الرجم استحسانا والقياس يقتضي وجوب الحد، فلم يساعدهم دليل شرعي لأنسه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحد ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنه لا يثبت الحد اتفاقا، وليس لهم أن يقولوا. استحسان تصديق الشهود، لأن تصديق الشهود لا يقتضي الحد جزما^(١) أهـ.

وجاء في المستصفي ردا على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة وهذا هوس، لأننا نصدقهم ، ولا نرجم المشهود عليه. كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور، وندراً للرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن^(٢). أهـ.

٣- استعمل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بقبول الشهادة وإقامة الحد عليهما بالاستحسان

وجه الاستحسان:

أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير والكلام فيه- ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل، لأن البيت إذا كان صغيرا- والفعل وسطه- فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب- فيقول إنه في الزاوية التي تليه، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل

(١) راجع نفائس الأصول في شرح الأصول ج١ ص ٤٠٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع المستصفي ج١ ص ١٣٩

واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل، وذلك ممكن لصغر المكان^(١).

جاء في الهداية، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان . والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة^(٢). أهـ

وجه الاستحسان:

أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم^(٣).

وجاء في المغني لابن قدامة : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منهما، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا^(٤). أهـ.

والظاهر من الكلام السابق أن اختلاف الشهود في المكان لا يؤثر في الشهادة، ولا يورث شبهة فلا يدرأ الحد عن المشهود عليهما عند أصحاب هذا المذهب.

(١) راجع فتح القدر على الهداية جـ ص ٢٨٦ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ ص ٧٩، العناية على الهداية جـ ص ٢٨٦

(٢) راجع العناية جـ ص ٢٨٦

(٣) راجع المرجع السابق.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ ص ٧٤

هذا وبعد عرض ما قاله للفريقان ، وأتلة كل فريق يتبين لنا أن
الراجع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بعدم قبول هذه
الشهادة ، وعدم ثبوت الحد بها. لأن اختلافهم في مكان أورث شبيهة ،
والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من
غيره.

المسألة التاسعة

تصدق بجميع ماله ولم ينفو الزكاة

اتفق الفقهاء على أن النية شرط في أداء الزكاة تميزا لها عن الكفارات ، وبقية الصدقات. لقول النبي ﷺ " إنما الأعمال بالنيات " (١). وأداؤها عمل، ولأنها عبادة كالصلاة فتحتاج إلى نية لتمييز الغرض عن النفل .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة، وتصدق بجميع ماله، ولم ينفو الزكاة هل يسقط عنه الواجب، أو يبقى في نتمته؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه - المالكية والشافعية والحنابلة. وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينفو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة ، كما لو وهبه أو أنفقه ، وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلى مائة صلاة نافلة لا يجزئها (٢).

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من طريق عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه " (راجع صحيح البخاري جـ ٤ ص ٢٨٤ ط نسخة مصر ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٣ ص ٥٣ ط دار إحياء التراث العربي).

(٢) راجع الشرح الصغرى جـ ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ط دار المعارف - مصر ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥ ط علم الفكر - القاهرة، المجموع شرح المهذب جـ ٦ ص ١٨٥ ، المفتي لابن قدامة جـ ٢ ص ٥٠٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره^(١).

الأدلة

استعمل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بعدم سقوط الزكاة عنه فقالوا : إنه لا تسقط عنه لأنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم يسقط عنه، وقاسوا ذلك على الصلاة. فإنه لو صلى ما شاء أن يصلي ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض، والصدقة تصلح فرضا وتطوعا فلا بد من التعيين^(٢).

جاء في المعنى لابن قدامة : لو تصدق بجميع ماله تطوعا، ولم ينو الزكاة لم يجزئه ولا يصلح لأنه لم ينو به الفرض فلم يجزئه. كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو للفرض بها^(٣) أهـ.

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ ٢ ص ١٧٠، الصاية على الهداية جـ ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ ٣ ص ٨١٠ وما يعللها ط دار الفكر.

(٢) راجع المجموع شرح المذهب جـ ٦ ص ١٨٥، الشرح الصغير جـ ١ ص ٦٦٦ وما يعللها، فرائض الأحكام الفقهية ص ٩٥

(٣) راجع المعنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٥٠٦

٣- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

وهم الحنفية على مذهبهم القائل : بسقوط فرض الزكاة عنه استحسانا .

وجه الاستحسان:

أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكان متعينا في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبإداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب^(١).

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو قول جمهور العلماء القائل بعدم سقوط الفرض عنه إن لم ينو الزكاة، لأن العبادات جميعها لابد فيها من النية.

(١) راجع الماية على الماية جـ ٢ ص ١٧٠، فتح القدير مع الماية جـ ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/أحمد الزحيلي جـ ٣ ص ٨١٠ وما بعدها.

المسألة العاشرة

في

محاذاة الرجل المرأة في الصلاة

اتفق الفقهاء على أن السنة - فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء - أن يصف النساء خلف للصفوف.
واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال، أو رجل في صف النساء على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه: وهم يرون أنه تقصد صلاة من حاذته المرأة من الرجال. ولا تقصد صلاة المرأة^(١). إذا تحققت شروط المحاذاة وهي : أن ينوي الإمام إمامتها، وأن تكون للصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة ، وأن تكون للمرأة من أهل الشهوة ، وأن لا يكون بينهما حائل .

المذهب الثاني:

وعليه الأئمة الثلاثة - مالك والشافعي وأحمد وهم يرون أن محاذاة الرجل للمرأة في الصلاة فإنه يكره ولا تقصد صلاة أحد من النساء أو للرجال.

(١) راجع مذهب الحنفية ، وما قيل في شروط المحاذاة في المقدمة وشروحها جـ ١ ص ٣٦٠ وما بعدها، الباب ٢٠٠ من

٣٣٣ وما بعدها.

جاء في الشرح الكبير . يكره صلاة رجل بين صفوف النساء ، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره ، ويكره صلاة النساء بين صفوف الرجال ، وكذا محاذاتها لهن^(١) أهـ .

وجاء في الأم : ولو أن رجلاً لم رجلاً ونساء فقام النساء خلف الإمام ، أو الرجال خلفهن أو قام النساء حذاء الإمام فائتمن به ، والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام ، ولم تقصد على واحد منهم صلاته^(٢) أهـ .

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن وقفت المرأة في صف للرجال كره ، ولم تبطل صلاتها ، ولا صلاة من يليها^(٣) أهـ .

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول :

على مذهبهم القائل بفساد صلاة من حاذته المرأة من الرجال ، ولا تقصد صلاة المرأة . استدلوا على ذلك بالاستحسان .

وجه الاستحسان :

أن في المحاذاة ترك فرض مقام الإمام ، ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته ، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض على

(١) راجع الشرح الكبير ج ١ ص ٣٣١ ط دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(٢) راجع الأم ج ١ ص ١٥٠

(٣) راجع المغني لابن قدامة ج ٢ ص ١٥٠

الرجل في صلاة يشتركان فيها . لما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال "أخروهن من حيث أخرهن الله" ^(١).

أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها، كما أن المرأة لا ينسب إليها تقصير كالمأموم إذا تقدم على الإمام ومن هنا قلنا . بفساد صلاة للرجل دون المرأة .

اعتراض على ذلك:

بأن الخبر الذي استدللتم به خبر واحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتتم به فرض للقيام

اجيب على ذلك:

بأن هذا الخبر من الأخبار المشهورة ، وليس من أخبار الأحاد ، فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بياننا لما تضمنه كتاب الله تعالى في قوله : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ ^(٢) . فالحق بالكتاب فأخذ حكمه ^(٣).

(١) قال المصنف عن هذا الحديث أخرجه الطحاوي من قول ابن مسعود من حديث مطول وفيه . كان الرجل والمرأة في بني إسرائيل يصلون جميعاً ثم كانت المرأة إذا كانت لها حليل تلبس القالبين فقوم عليهما فزاعده حليلها فكان ابن مسعود يقول "أخروهن من حيث أخرجهن الله" قيل فما القالبان ؟ قال : أرجل من عشب يتعفنهما النساء يتشرفن الرجال في المساعدة . والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقال الزيلعي في نصب الرتبة حديث غريب (راجع كشف الخفاء جـ ١ ص ٦٩ الناشر مكتبة التراث الإسلامي، نصب الرتبة جـ ٢ ص ٣٦ ط دار المأمون بشار).

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

(٣) راجع أدلة الحنفية في النجاة جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها ، والعمدة جـ ١ ص ٣٦١ ، للفتاوى جـ ١ ص ٣٦٠ وما بعدها.

٣- استدلال أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة يكره، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال: استدلوا بالقياس هاك بيانه:
قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لا تبطل صلاته بالإجماع. فقد ثبت أن الرسول ﷺ كان يصلي وعائشة^(١) رضى الله عنها نائمة بين يديه^(٢) فكذلك في الصلاة^(٣).

أجيب عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب بقوله ﷺ " أخرهن " دون المرأة فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام^(٤).
هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتضح لنا أن الراجع أن محاذاة المرأة للرجل في الصلاة تفسد صلاته دون صلاتها .

(١) هي أم المؤمنين رضى الله عنها بنت أبي بكر الصديق ﷺ تزوجها النبي ﷺ بمكة قبل الهجرة بثلاث سنوات وتوفيت في خلافة معاوية سنة ٥٨ هـ ولها سبع وستون سنة ودفنت بالبقيع (راجع أسد الغابة جـ ٧ ص ١٨٨ ط الشعب، الإصابة جـ ١٣ ص ٣٨ ناشر الكليات الأزهرية

(٢) ولفظ الحديث أن النبي ﷺ كان يصلي صلاته من الليل وعائشة معترضة بين يديه اعتراض الخنازة (راجع مسند أحمد جـ ٦ ص ٣٧٥، سنن أبي داود جـ ١ ص ١٨٩ كتاب الصلاة- باب من قال المرأة لا تطع الصلاة.

(٣) راجع الأم جـ ١ ص ١٥٠، والمغني لابن قدامة جـ ٢ ص ١٥٠، الشرح الكبير ص ٣٣١

(٤) راجع العناية على المقلدة جـ ١ ص ٣٦٢

بالشروط السابق ذكرها. لأن تأخير المرأة في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع.

المسألة العامة عشرة

في

طهارة خبز الحمام والعصفور

إذا وقع في البئر خبز الحمام^(١) والعصفور هل يفسد الماء ؟ أم لا، وهل هذا الخبز طاهر أم نجس ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية والظاهرية، والمستفاد من كلام الحنابلة وأصحاب هذا المذهب يرون أن خبز الحمام والعصفور طاهر، فلو وقع في البئر لا يفسد الماء، ويكون طاهرا^(٢).
جاء في الهداية: فإن وقع فيها خبز الحمام أو العصفور لا يفسده^(٣). أهـ.

(١) خبز الحمام يضم الحاء والراء- العنزة - وجمعه عذرة مثل حند وحند والحمامة عند العرب ذوات الأظفار، وعند العامة هي النواجن فقط، ويجمع حمامات وحمام (راجع المصباح للنو حـ ١ ص ١٦٧، النابغة على الهداية حـ ١ ص ٣٩٢)

(٢) راجع النابغة على الهداية حـ ١ ص ٣٩٢، العناية على الهداية حـ ١ ص ١٠٠، القوانين الفقهية ص ٣٥، المحلى لابن حزم حـ ١ ص ١٩١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة حـ ١ ص ٣٠

(٣) راجع المغنية وشرحها حـ ١ ص ١٠٠

وجاء في تبیین المسالك: وأما فضلات مباح الأكل فطاهر^(١) أهـ.
وجاء في المحلي لابن حزم : وونیم^(٢) للذباب والبراغيث والنحل
وبول الخفاش إن كان لا يمكن للتخفظ منه، وكان في غسله حرج أو
عسر لم يلزم من غسله إلا ما لا حرج فيه ولا عسر^(٣). أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية وهم يرون أن خراء الحمام والعصفور نجس فلو
وقع في البئر يفسد الماء، ويكون الماء نجساً^(٤).

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بطهارة خراء
الحمام والعصفور بالاستحسان.

وجه الاستحسان ما يلي:

أ-ماروى أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال " إنها أوكرت على باب الفلار
حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل للمساجد مأواها"^(٥).

(١) راجع تبیین المسالك جـ ١ ص ١٢٤ ط دار العرب الإسلامي.

(٢) فتح القرو وكسر الون وآخره ميم وهو عره الذباب (راجع للمصاح للنو جـ ٢ ص ٦٧٣)

(٣) راجع المحلي لابن حزم جـ ١ ص ١٩١

(٤) راجع مفتي المحتاج جـ ١ ص ١٨٨، المذهب في فقه الإمام الشافعي جـ ١ ص ١٨٣ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

(٥) لم يوجد في كتب الحديث وجاء بنصه في البداية والنهاية جـ ٣ ص ١٨٢ ط مكتبة المعارف - بيروت - لبنان.

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسة خراء الحمام والعصفور.

ب- فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على إقتناء الحمامات في المساجد - حتى المسجد للحرام - مع ورود الأمر بتطهيرها^(١) لقوله تعالى : ﴿وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيوتنا للطائفين والعاكفين والركع السجود﴾^(٢).

٣- مليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم طهارة خراء الحمام والعصفور بالقياس.

وجه القياس:

أن خراء الحمام والعصفور متحول إلى نتن وفساد. فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين.

- نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق.
- ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وخراء الحمام والعصفور من النوع الأول فأشبهه خراء الدجاجة وهو نجس بالاتفاق^(٣).

(١) راجع دليل الخفية في البناء على المعابة جـ ١ ص ٣٩٢، فتح القدير على المعابة جـ ١ ص ١٠٠، المعابة جـ ١ ص ١٠٠

(٢) سورة البقرة من الآية ١٢٥

(٣) راجع دليل الشافعية في التهنيد في فقه الإمام الشافعي جـ ١ ص ١٨٣، مفتي المحتاج جـ ١ ص ١٨٨

أجيب على ذلك:

بأن موجب التنجس النتن والفساد، والنتن هنا غير موجود ، وانتقاء الجزء يستلزم انتقاء الكل، فإن قال : الفساد وحده مما يوجب قلنا: منقوض بالمنى فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفسد بطول المكث ولا تنجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط بالضرورة^(١). هذا ويعد عرض أقوال العلماء، وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول للقاتل. بطهارة خراء الحمام والعصفور، لأن الضرورة تقضي بذلك لأن هذا مما يصعب الاحتراز عنه.

(١) راجع الإنابة على المفاهيم جـ ١ ص ٣٩٤، العناية على المفاهيم جـ ١ ص ١٠٠

المسألة الثانية عشرة

في

حدوث عيب في الأضحية

الأضحية لغة : اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحية^(١).

واسطاعا : هي ذبح حيوان مخصوص بنية القرية في وقت مخصوص،

أو هي ما يذبح من النعم تقربا إلى الله تعالى في أيام النحر^(٢).

والأضحية عند الجمهور سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها،

وعند الحنفية هي واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار.

واتفق الفقهاء على أن المعيبة لا تجزئ في الأضحية، وإن

اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز^(٣).

فإذا اشترى شاة للأضحية - وهي سليمة من العيوب - ثم تعيبت

قبل الذبح فهل تجزئ في الأضحية إذا نبجها بعد حدوث العيب أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب ولكثرة هذه المذاهب

سأذكر كل مذهب ودليله بعده حتى يتبين المقصود ، ويكون قريبا لفهم

كل مذهب ودليله.

(١) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، القاموس المحيط ج٢ ص ٣٥٦، المصباح المنير ج٢ ص ٣٥٩.

(٢) راجع تبيين الحقائق ج١ ص ٢ ، تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٥.

(٣) راجع الأم ج٢ ص ٢٢١، بداية المجتهد ج١ ص ٤٢٩، المجموع شرح المذهب ج٨ ص ٣٨٢، المغني لابن

قدامة ج٣ ص ٥٨١، الباب في شرح الكتاب ج٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث - لبنان، تبيين الحقائق ج٢

ص ٢ ، تكملة فتح القدير ج٩ ص ٥٠٩.

المذهب الأول: وعليه الحنفية- عدا زفر- وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح ونبحها أجزأته.

جاء في بدائع الصنائع: ولو قدم أضحية لينبحها فاضطربت في المكان الذي ينبحها فيه فانكسرت رجلها ، ثم نبحها أجزأه، وكذلك إذا انقلبت منه الشفرة فأصاب عينا فذهبت أھ^(١).

وجاء في الهداية : ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فنبحها أجزأه استحساناً أھ^(٢).

دليل هذا المذهب: استدلل أصحاب هذا المذهب بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح. فكان العيب حصل بالذبح- اعتباراً وحكماً- فلم يمنع الأجزاء ، كما أن الشاة تضطرب عند الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها وهذا مما لا يمكن الاحتراز عنه^(٣).

المذهب الثاني: وعليه زفر من الحنفية - والمستفاد من كلام الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية لو تعيبت قبل الذبح لم تجزئه، غير أن الإمام الشافعي. فرق بين ما إذا لوجبها على نفسه وهي

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦

(٢) راجع الهداية وشروحها جـ ٩ ص ٥١٦

(٣) راجع المرجع السابقين.

سلمية ثم تعيبت أجزائه ، وبين ما إذا لم يوجبها، وتعيبت ثم ذبحها لم تكن أضحية^(١).

جاء في الأم : وإذا اشترى الرجل الضحية فلم يوجبها حتي أصابها مالا تجوز معه - بحضرة الذبح قيل أن يذبحها، أو قبل ذلك. لم تكن أضحية، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك، وبلغت أيام الأضحية ضحى بها وأجزأت عنه^(٢) أهـ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالقياس.

ووجه القياس : أن العيب الذي لحق بالأضحية في حالة الذبح لحقها قبل تعيين القرية فيها ، فصار كما لو كان قبل حالة الذبح^(٣).

المذهب الثالث : وعليه المالكية - وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت قبل الذبح لا تجزئ مطلقا.

جاء في الشرح الكبير: لو تعيبت حالة الذبح عيبا يمنع الإجزاء، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها، أو أصابت السككين عينا ففقدتها قبل تمام فرى الحلقوم والودجين^(٤) أهـ.

(١) راجع المفاتيح مع العناية جـ ٩ ص ٥١٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦ ، نفى المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٦

(٢) راجع الأم جـ ٢ ص ١٩٠

(٣) راجع المفاتيح مع العناية جـ ٩ ص ٥١٦ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٧٦ ، نفى المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٤) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدررسي جـ ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب بقوله ﷺ "أربع لا تجزئ في الأضاحي . العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنفي"^(١).

وجه الدلالة: فقد أوضح الحديث أن الأضحية إذا كانت معيبة لا تجزئ.

المذهب الرابع: وعليه الحنابلة ونسب إلى الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية إذا تعيبت بفعله لم تجزئه وأما إذا حدث فيها العيب دون فعله أجزأه^(٢).

جاء في المغني لابن قدامة : وإن تعيبت بفعله فعلية بدلها، وبه قال الشافعي^(٣) أمـ.

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب فقالوا : إنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح^(٤).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بأن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة والصعالي من طريق الثوري عن عازب بنسب اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ ٤ ص ٨٦ باب ما لا يجوز من الأضاحي وقال عنه حسن صحيح، وقال المحقق أي الضعيفة المزيلة- لا تنفى أي ذهب مع عظمها من شدة الخلل، سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١٠٥ رقم ٣١٤٤، سيل السلام جـ ٤ ص ٩٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٤) راجع المرجع السابق.

ونذبحها أجزأته ، لأن ما يحدث عند الذبح من اضطراب الشاة مما يصعب الاحتراز عنه، كما أن النية قد توافرت عند شراء الأضحية قبل الذبح فقلنا بالإجزاء.

المسألة الثالثة عشرة

القبول ليس ركناً في المبة

هل تتعد الهبة بالإيجاب من الواهب فقط ؟ أم لا بد من الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الجمهور من الحنفية- وهو المستفاد من كلام الحنابلة. وأصحاب هذا المذهب يرون أن الهبة تتعد بالإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً^(١).

جاء في بدائع الصنائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً^(٢) أهـ.

وجاء في حاشية ابن عابدين : أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب^(٣) أهـ.

وجاء في المعني لابن قدامة : وقرائن الأحوال ودلالاتها تغني عن لفظ القبول^(٤) أهـ.

(١) راجع تكملة فتح القدير ج ٩ ص ٢٠، الهبة والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمود علي ص ٧ ط دار المسدي،
الفقه الواضح للدكتور/ محمد بكر إسماعيل ج ٢ ص ٩٨ ط دار المنار للنشر والتوزيع .

(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٦ ص ١١٥

(٣) راجع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٥٠ ط الباب الحلي وبنو لاه مصر.

(٤) راجع المعني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٠

المذهب الثاني : وعليه الشافعية والمالكية - وزفر من الحنفية - وأصحاب هذا المذهب يرون أن قبول الموهوب له الشيء الموهوب يعتبر ركنا في الهبة قياسا، ومن هنا لاتصح الهبة إلا بإيجاب وقبول غير أن الشافعية يستثنون بعض المسائل التي لا يحتاج فيها إلى قبول كالهبة الضمنية ، كأن يقول لغيره اعتق عبدك عنى ففعل فيدخل في ملكة هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول^(١).

جاء في مغني المحتاج : وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظا^(٢) أهـ.
وجاء في حاشية للمسوقي : قبول الموهوب له الشيء الموهوب
ركنا في الهبة أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعدمه^(٣) أهـ.
وجاء في بدائع الصنائع : والقياس أن يكون ركنا . وهو قول زفر^(٤) أهـ.

الأدلة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم توقف الهبة على القبول بالاستحسان.
وجه الاستحسان السنة والمعقول هالك بيانه

(١) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠١، تكملة فتح القدير جـ ٩ ص ٢٠

(٢) راجع مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٧

(٣) راجع حاشية الدررقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠١

(٤) راجع بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٥

أولاً : الاستحسان بالسنة بما يلي :

أ- ماروي أن الصعب بن جثامة^(١) أهدى إلى النبي ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء فردّه النبي ﷺ وقال " لولا أنا حرام وإلا لقبنا^(٢) " فقد أطلق الراوي اسم الإهداء على هذا التصرف بدون القبول ، والإهداء من ألفاظ الهبة.

ب- ما روي أن سيدنا أبا بكر ﷺ دعا سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها في مرض موته فقال لها " إني كنت نحلّك جداد عشرين ومسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه ، ولا حرزتيه وإنما هو مال الورث^(٣) . أطلق الصديق ﷺ اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة ، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك ، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم للإيجاب مع القبول ، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجد لا يتمم التصرف بسمه البيع .

ثانياً : وجه الاستحسان بالمعقول : إن الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول ، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا

(١) هو يزيد بن قيس بن ربيعة بن عبد الله بن بكر الشذاع بن عوف بن كعب بن يثرب بن أن بكر بن عبد مناف بن كنانة الكنان البليهي ، وكان الصعب يزل وفان والأبواء في أرض الحجاز توفي في خلافة أبي بكر رضي الله عنه (راجع أسد الغابة جـ ٣ ص ٢٠ ط الشعب)

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من نفس الطريق بنص اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح

البخاري جـ ٥ ص ٢٠٣ - كتاب الهبة - باب قبول الهدية حديث رقم ٣٥٧٣)

(٣) راجع هذا الأثر في نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٩٢ ط مصطفى البابي الحلبي - مصر .

لوجودها في نفسها. فإذا نطق الواهب بلفظ الهبة فقد أتى بالهبة كما أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، هذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع لوجود العوض من الجانبين^(١).

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب القائل يتوقف الهبة على القبول بالقياس.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي- والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا^(٢).

وتظهر ثمرة الخلاف السابق فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل، فإنه يحث عند أصحاب المذهب الأول استحسانا، وعند أصحاب المذهب الثاني لا يحث ما لم يقبل قياسا^(٣).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن المرجح هو للقول للقائل بأن القبول شرط في صحة الهبة تحقيقا للرضا، ومنعاً من وقوع للضرر على الموهوب له، فقد يكون في قبول الهبة مهانة

(١) راجع دليل المذهب الحنفي في بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥، تكملة فتح القدير مع المجلد ج٩ ص ٢٠، ألفه الفاضل للدكتور محمد بكر إسماعيل ج٢ ص ٥٩٨، لبية والروية للدكتور / محمود علي ص ٧ وما بعدها.

(٢) راجع دليل للمذهب الثاني في معنى المحتاج ج٢ ص ٣٩٧، حاشية القدوسي على الشرح الكبير ج٤ ص ١١٠، بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥.

(٣) راجع تكملة فتح القدير ج٩ ص ٢٠، بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٥.

تلحقه من قبل الواهب، أو من غيره، وقد يترتب عليها من الأمور ما يسئ إلى سمعته من أي وجه من الوجوه فلا بد من اشتراط القبول في صحة الهبة على ما قرره أصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والمالكية وبعض الحنفية.

المسألة الرابعة عشرة

في

هبة الدين لغير المدين

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين للمدين، واختلفوا في هبة الدين لغير المدين على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الحنابلة وبعض الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية والإمامية، ونسب للثوري والأوزاعي، وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تصح وتقع باطللة قياساً. سواء أذن الدائن للموهد بقبض الدين ممن عليه أم لم يأذن^(١).

جاء في المغني لابن قدامة: وإن وهب الدين لغير من هو في نعمته أو باعه إياه لم يصح^(٢) أ هـ.

وجاء في المبسوط، وفي للقياس: لا يجوز وهو قول زفر لأن الدين ليس بمال^(٣). أ هـ.

وجاء في مغني المحتاج: وهبة الدين للمدين إبراء ولغيره باطللة في الأصح^(٤). أ هـ.

(١) راجع للمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨، المبسوط ج ١٢ ص ٧٠، مغني المحتاج ج ٢ ص ١٤، تكملة المحصر ج ١ ص ١٢، جواهر الكلام ج ٢٨ ص ١٦٣ ط دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان.

(٢) راجع للمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨

(٣) راجع للمبسوط ج ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٠٠

وجاء في جواهر الكلام : ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأنسبه^(١). أهـ.

المذهب الثاني : وعليه بعض الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين صحيحه لكن المالكية اشترطوا لصحة الهبة ثلاثة شروط فليرجع إليها من شاء في المراجع التي أنكرها في هذا المذهب^(٢).

جاء في المبسوط : لو وهب رجل لرجل ديناراً له على رجل وأمره بقبضه جاز ذلك إستحساناً^(٣). أهـ.

وجاء في شرح الخرشي على المختصر: وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن عليه ولغيره^(٤). أهـ.

وجاء في نهاية المحتاج : أما إذا كان الدين على ملئ بائذله فالهبة صحيحة قياساً على صحة بيعه إذا بيع بالعين أو تقابضاً في المجلس^(٥). أهـ.

(١) راجع جواهر الكلام جـ ٢ ص ١٦٣

(٢) راجع المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠، شرح الخرشي جـ ٧ ص ١٠٣ ط دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

لهذه المحتاج جـ ٦ ص ٤١٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠

(٣) راجع المبسوط جـ ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع شرح الخرشي جـ ٧ ص ٧٠

(٥) راجع نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤١٣

الأدلة

١- دليل المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول القائل ببطلاق

هبة الدين لغير من عليه الدين بما يلي :

أ- القياس: حيث قاسوا هبة الدين لغير من عليه الدين على بيعه بجامع

أن كلا منهما عقد مشروع لتمليك للمال. فكما لا يجوز بيع الدين مع
غير من عليه الدين لا تجوز هبته.

أجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق وبيان: أن البيع يوجب الملك
بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد. بخلاف الهبة فالمعتبر فيها
وقت القبض ، فإن الملك عنده يثبت.

ب- إن الدين ليس بمال بدليل أن من حلف لا مال له وله دين على
إنسان لا يحنث ، والهبة عقد مشروع لتمليك المال. فإذا أضيف العقد
إلى ما ليس بمال لا يصح .

أجيب عن ذلك: بأن الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد، فإنه لو باعه
ممن عليه الدين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز ، فعرفنا أنه قابل
للملك حكماً^(١).

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم

القائل بصحة هبة الدين لغير من عليه بالاستحسان والمعقول.

(١) راجع الموطأ ج٢ ص ١٢٠، المغني لابن قدامة ج٦ ص ٤٨، ففي المحتاج ج٢ ص ٤٠٠، غامضة المحتاج

ج٦ ص ٤١٣، جواهر الكلام ج٢٨ ص ١٦٣

أ- وجه الاستحيان : أن الواهب أناب الموهوب له مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب- ولو قبض بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز . فكذا إذا أمره بالقبض له.

ب- من المعقول : أن ما في النمة مقدور التسليم، ويجعل قبضه كقبض العين فإذا قبض العين ناب هذا القبض عن قبض عين ما في النمة، كما أن هبة العين صحيحة والنم تجرى مجرى الأعيان . بدليل صحة البيع والشراء فيها^(١).

هذا وبعد عرض أقوال العلماء- وأدلة للفريقين ، وما ورد عليها من مناقشات يتبين لنا رجحان القول بصحة هبة الدين لغير المدين.

(١) راجع المراجع السابقة .

"خاتمة نسال الله حسنها"

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع - الاستحسان عند الأصوليين -
داسة وتطبيق يتبين لنا ما يأتي :

١- إن الاستحسان ليس قاصرا على القياس الخفي الواقع في مقابلة
القياس الجلي، كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس
قاصرا على الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع، أو الضرورة ، أو
القياس الخفي ، بل يكون ثابتا بغيرها من الأدلة.

٢- إن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به
القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام ، أو
القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به
خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

٣- إن الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - قد عمل بالاستحسان في
واقع الأمر ويظهر ذلك جليا في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع
الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس، فقد
وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيرا من مسائل الاستحسان .

٤- إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، وشدد النكير على من
عمل به ، وساق الأدلة على إبطاله. إنما هو الاستحسان المبني على
الرأي المحض من غير دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به أحد
ممن عملوا بالاستحسان .

٥- إن الظاهرية لا يعملون بالاستحسان ونفوه كنفهيم للقياس لأنهم وقفوا عند النصوص فقط، ولم يتوسعوا في الأدلة ، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، فقد أدهم ذلك إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة ، فقد قرروا أن بول الأدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير ظاهر لعدم النص عليه، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

٦- إن الاستحسان عند المالكية هو استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل يقتضى ذلك ، وهذا الدليل قد يكون عرفا، أو مصلحة ، أو دفعا لمشقة ، أو إثارا للتوسعة على الناس.

٧- إن العمل بالاستحسان يبعد المجتهد عن الشطط في الاجتهاد والتقييد بحرفية التطبيق لحكم للقياس، أو القواعد العامة، وهذا الشطط الذي من شأنه أن يوصل إلى الغلو والخروج عن مقاصد الشارع وروح التشريع.

٨- الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع، ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى التسمية فقط لأنهمذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقا، وبعضها متردد بين القبول والرد.

٩- إن الاستحسان مبدأ اجتهادي يكشف لنا عن مظهر من مظاهر مرونة الشريعة ، وأنها موكبة لكل عصر وزمان.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لي كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعدادة أقصى الجهد ، وغاية الطاقة، فإن آك وفقت ولو بعض الشيء فهذا

فضل الله يوتييه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعنري أني بشر، والعصمة لله وحده. وهنا أقول: كما قال إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنه " كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية ﷺ ^(١) .

أو كما قال العماد الأصفهاني " إنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر "

والحمد لله حيث بالخير تم . اللهم اجعل عملنا هذا خالصا لوجهك الكريم، ووفقنا لخدمة دينك القويم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة إنك على ما تشاء قدير.

د/ سلام أحمد عبد الرحيم إمام

(١) راجع إرشاد السالك جـ ١ ص ٢٢٧، جامع بيان العلم وفضله جـ ٢ ص ٩١

الفهرس العام للبحث ويشتمل على:

١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الآثار .

٤- فهرس الأعلام.

٥- أهم المراجع.

٦- فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وَأَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْمُونَ...	١٦٩	٦٣٢
٢-	يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ.....	١٨٥	٥٧٣
٣-	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ.....	٢١٩	٦٣٦
٤-	وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ.....	٢٢٨	٧٤٧
٥-	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ.	٢٣٣	٥٧٢
٦-	مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ.	٢٣٦	٥٧١

سورة النساء

مستمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	مَن بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ ...	١١	٦٥٤
٢-	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ...	٥٩	٦٠٤
٣-	مَن يَطْعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ	٨٠	٦٢٣
٤-	وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ..	٩٢	٦٥٦
٥-	وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ...	١٤١	٦٧٤

سورة المائدة

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٦٦	١	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....	١-
٦٢٤	٦	فاغسلوا وجوهكم وأيديكم	٢-
		إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله	٣-
٧٢٨	٣٣	ويسعون	
٦٦١	٣٤	إلا الذين تابوا من قبل أن تقتلوا وعليهم ...	٤-
٦٦٢	٣٨	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...	٥-
٦٦٢	٤٩	وإن أحكم بينهم بما أنزل الله	٦-
٦٣٦	٩٠	إنما الخمر والميسر والأنصاب	٧-

سورة الأنعام

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٣٢	٣٨	ما فرطنا في الكتاب من شيء.....	١-
		ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب	٢-
٦٣٢	٥٩	مبين.....	
٦٢٢	١٠٦	اتبع ما أوحى إليك من ربك.....	٣-

سورة الأعراف

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٥٦	١٤٥	وكتبنا له في الألواح من كل شيء....	١-

تابع فهرس الآيات

سورة التوبة

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٦٧	٧٦، ٧٥	ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله.....	١-
٥٦٦	١٠٣	خذ من أموالهم صدقة تطهرهم...	٢-

سورة يوسف

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٥٥٧	٣	نحن نقص عليك أحسن القصص...	١-
٦١٢	٥٣	إن النفس لأمرارة بالسوء.....	٢-

سورة إبراهيم

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦١٠	٣	الذين يستحبون الحياة الدنيا.....	١-

سورة النحل

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٣٢	٨٩	ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء..	١-
٦١٠	١٠٧	ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا.....	٢-

تابع فهرس الآيات

سورة الإسراء

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقف ما ليس لك به علم.....	٣٦	٦٣٢

سورة الكهف

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقولون لمنى أبى فاعل ذلك	٢٤	٦٢٢

سورة الحج

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ثم ليقتضوا تقشهم وليوفوا نذورهم.....	٢٩	٥٦٦
٢-	وما جعل عليكم فى الدين من حرج.	٧٨	٦٣٤

سورة النور

متمم	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	فى بيوت أنذن الله أن ترفع	٣٦	٦٧٧

تابع فهرس الآيات

سورة القصص

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦١٢	٥٠	ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى.	١-

سورة الروم

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦١٢	٢٩	بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم.....	١-

سورة الأحزاب

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٢٧	٢١	لقد كان لكم فى رسول الله أسوة...	١-

سورة فاطر

رقم الصفحة	رقمها	الآية	مستعمل
٦٧٧	١٢	وما يستوى البحران هذا عذب فرات.	١-
٦٥٥	١٨	ولا تزر وزر أخرى.....	٢-

تابم فهرس الآيات

سورة الزمر

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يسمعون القول فيتبعون أحسنه.	١٨	٥٥٦
٢-	الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها.	٢٣	٥٥٧

سورة غافر

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وأفوض أمري إلى الله	٤٤	٧١٢

سورة فصلت

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله..	٣٣	٥٥٦

سورة الحديد

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم.	١٦	٥٥٧

سورة المجادلة

مستعمل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها	١	٦٢٢

تابع فهرس الآيات

سورة العنكبوت

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم.	٧	٦٢٣

سورة القيامة

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ليحسب الإنسان أن يترك سدى....	٣٦	٦٢١

سورة الإنسان

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	يوفون بالنذر	٧	٥٦٦

سورة النازعات

متمثل	الآية	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى...	٤١، ٤٠	٦٣١

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	الحديث	متمم
٥٥٨	أفريكم منى مجلساً يوم القيامة لأصنم خلقاً	١-
٦٤٦	أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله	٢-
٦٥٤	إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم	٣-
٦٥٨	أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه	٤-
٦٦٢	إذا ابتعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام	٥-
٦٨١	إنها لا تحل لمحمد ولا لأل محمد	٦-
٦٨٧	إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً	٧-
٧٤٢	إنما الأعمال بالنيات	٨-
٧٤٧	أخروهن من حيث أخرهن الله	٩-
٧٥٦	أربع لا تجزئ في الأضاحي	١٠-
٧١٦	فاوضوا فإنه أعظم للبركة	١١-
٧٤٨	كان رسول الله ﷺ يصلي وعائشة نائمة بين يديه	١٢-

تابع فهرس الأحاديث

مستعمل	الحديث	رقم الصفحة
١٣-	لا تتبع ما ليس عندك -----	٦٥٧
١٤-	لولا أنا حرام وإلا لقبلنا -----	٧٦٠
١٥-	ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن -----	٥٥٨
١٦-	من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه -----	٦٦٠
١٧-	من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم -----	٦٥٧
١٨-	من استأجر أجيراً فليعلمه أجره -----	٦٥٩

ثالثاً: فهرس الآثار

رقم الصفحة	الآثار	مبطل
٥٥٩	قول الإمام مالك الاستحسان تسعة عشر للعلم-----	١-
	قول لصبي بن فرج المالكي الاستحسان في العلم قد يكون أغلب	٢-
٥٥٩	من للقياس، وأن المفرق في القياس يكاد يفارق السنة-----	
٥٦٠	قول أبي حنيفة: إذا قال استحسان لم يلحق به أحد-----	٣-
٥٦٠	قول الإمام أحمد بن حنبل: المستحسن أن يتم لكل صلاة-----	٤-
٦٤٨	قول الإمام الشافعي: من استحسان فقد شرع-----	٥-
٦٣٣	قول عمر: يياكم وأصحاب الرأي أعداد السنن-----	٦-
٦٦٣	قول علي: إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له بدا-----	٧-
٦٦٤	قول أبو بكر: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته -	٨-
٧٦٠	قول أبو بكر لعائشة: إني كنت نحلكت جذلاً عشرين ومقاً-----	٩-
	قول الإمام مالك: كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب	١٠-
٧٦٩	هذه للسارية 著-----	

رابعاً: فهرس الأعلام

رقم الصفحة	الأعلام	مستعمل
٥٥٤	أحمد بن محمد بن علي المقرئ القيومي-----	١-
٥٥٩	أبو عبد الله أصبع بن سعيد بن نافع المصري-----	٢-
٥٦٠	أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوثني-----	٣-
٥٧٦	أبو عمرو عثمان بن أبي بكر الزويني (ابن الحاجب) ---	٤-
	أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأتلمسي المعروف بابن	٥-
٥٧٩	العربي-----	
	إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير	٦-
٥٨٠	بالشاطبي-----	
٥٨٠	أبو عمر بن عبد العزيز بن داود القيس العامري بالمعروف	٧-
	باشهب-----	
٥٨١	أبو عبد الله بن أحمد بن عبد الله بن خويز مندلا المالكي--	٨-
٦٠٣	أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأتلمسي-----	٩-
٦٠٨	إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي-----	١٠-

تأيم فهرس الأعلام

رقم الصفحة	العالم	مسلسل
٦٢٢	أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم الأنصاري	-١١
٦٣٠	أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي	-١٢
٦٤٣	أبو محمد المخزومي سعيد بن المسيب	-١٣
٦٤٣	أبو القاسم عبد الكريم محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي	-١٤
٦٥٩	أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الباهرتي	-١٥
٥٦٠	النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي (أبو حنيفة)	-١٦
٥٩٤	بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر الزركشي	-١٧
	جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن أحمد بن منظور	-١٨
٥٥٤	الأفرقي	
٦٢٧	حارثة بن عبد العزى بن أمري القيس (أسلمه بن زيد)	-١٩
٦٥٦	حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى	-٢٠
٦٦٢	حبان بن واسع بن منقذ بن عمرو الأنصاري	-٢١
٦٢٠	سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني	-٢٢
٥٦٤	علي بن محمد بن سالم الثعلبي (سيف الدين الأمدى)	-٢٣
٥٦٥	عبيد الله بن الحسين الكرخي	-٢٤

تأرجح فهرس الإعلام

الصفحة	العنوان	مستعمل
٥٧٤	على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم فخر الإسلام البرزدوى	٢٥-
٥٧٦	عبد الله بن مسعود بن محمود - صدر الشريعة -	٢٦-
٥٩٤	عبد الكريم محمد بن منصور بن سعد السمعاتى	٢٧-
٥٩٥	عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الملقب بعرض الدين	٢٨-
٥٩٥	عبد الرحيم بن الحسن بن على إبراهيم جمال الدين الإسئوى-	٢٩-
٥٩٩	على بن محمد بن على الطبرى المعروف بالكنيا الهراسى---	٣٠-
٦١٠	عبد العزيز أحمد بن محمد علاء الدين البخارى-----	٣١-
٦١١	عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهنلى-----	٣٢-
٦٣٣	عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح القرشى--	٣٣-
	عبد الرحمن بن أبى بكر محمد بن عمر بن نصر الجلال	٣٤-
٦٤٥	الأسيوطى-----	
٦٦٣	على بن أبى طالب بن عبد المطلب-----	٣٥-

تأليف فهرس الأعلام

الصفحة	العلم	ممثل
٦٦٤	عبد الله بن أبي قحافة أبو بكر الصديق	٣٦-
٦٨٥	عبد الله بن محمود النعفى أبو البركات	٣٧-
٧٤٨	عائشة بنت أبي بكر الصديق	٣٨-
٦٤٤	عبد الوليد بن إسماعيل أبو المحاسن فخر الإسلام الروياتي	٣٩-
	كمال الدين محمد بن عبد الوليد مسعود السيواسي المعروف	٤٠-
٥٦٨	باين الهمام	
	محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله الإمام	٤١-
٥٥٩	الشافعي	
	مالك بن أهب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب (سعد بن	٤٢-
٥٥٧	أبي وقاص	
٥٦٣	محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي	٤٣-
٥٦٩	محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة المرخسي	٤٤-
٥٧٩	محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي	٤٥-
٥٨٥	محمد بن أحمد أبو زهرة	٤٦-
٥٨٦	محمد بن برهان الدين أبو إسحاق المعروف بابن مفلح	٤٧-
٥٨٦	محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين ابن قدامة المقدسي	٤٨-

تأليف فخر الإسلام

الصفحة	العلم	مستكمل
٥٩٠	محمد بن علي الطيب البصري المعروف بابو الحسين البصري	٤٩-
٥٩٢	محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي	٥٠-
٥٩٣	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني	٥١-
٥٩٥	محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد الجلال المحلي	٥٢-
٥٩٦	محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي القفال	٥٣-
٧١٥	معاذ بن جبل بن عمرو بن لؤس الأنصاري	٥٤-
٦٣٨	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد المعروف بابن قيم الجوزية	٥٥-
٦٥٠	محب الدين بن عبد الشكور البهاري الهندي	٥٦-
٦٥٣	محمد زكريا البرديسي	٥٧-
٦٧٨	محمد بن الحسن بن فرقد الميمني	٥٨-
٥٦٥	ناصر الدين أبو الخير قاضي القضاة البيضاوي	٥٩-
٦٦٤	يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري (أبو يوسف)	٦٠-
٧٦٠	يزيد بن قيس بن ربيعة عبد الله بن يعمر الصعب بن جثامة	٦١-

أهم المراجع

- أ - القرآن الكريم وعلومه:
- ١- الجامع لأحكام القرآن الكريم: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الغد العربى بالقاهرة - نشر دار للكتاب العربى بالقاهرة.
- ب- كتب الحديث وعلومه:
- ١- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى: مطبعة دار الحديث بالقاهرة.
- ٢- سنن الدارقطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ تحقيق عبد الله السيد هاشم يماني المنسى، مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.
- ٣- سنن الترمذى: لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧ هـ تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي؛ مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ٤- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجة المتوفى سنة ٢٩٥ هـ تحقيق الأستاذ/ محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة دار إحياء التراث العربى.
- ٥- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين للناسر دار إحياء السنة النبوية.

- ٦- سبل السلام: تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٧- المنن الكبرى: للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى ٤٥٨ هـ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ٨- صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطبعة نهضة مصر.
- ٩- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووي - مطبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٠- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز مطبعة دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ١١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني المتوفى سنة ١١٦٢ هـ تحقيق أحمد القلاش. الناشر مكتبة التراث الإسلامي.
- ١٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل مطبعة دار صادر - بيروت - لبنان.
- ١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة: مطبعة إحياء التراث العربي عيسى البابي الحلبي - بمصر.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الإمام محمد بن علي الشوكاني - مطبعة البابي الحلبي بمصر.

١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ مطبعة دار المأمون بشبرا - مصر
الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

ج- كتب اللغة:

- ١- تاج العروس للزبيدي: ط منشورات مكتبة الحياة بيروت - لبنان.
- ٢- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، مطبعة البابي الحلبي ولولاه بمصر. الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ.
- ٣- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ط دار المعارف.
- ٤- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي. تحقيق محمد خاطر. الناشر دار الحديث.
- ٥- المصباح المنير: في غريب الشرح الكبير للرافعي تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.

د- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول: إلى تحقيق الحق من علم الأصول تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.

٢- أصول السرخسي: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ تحقيق أبي الوفا الأفغاني: مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٣- أصول للفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العنين بدران ط مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.

٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد أبو المكارم: الناشر دار المسلم ببورسعيد.

٥- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافي وولده تاج الدين السبكي تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- الإحكام في أصول الأحكام: للحافظ أبي محمد على بن حزم الأندلسي الظاهري. مطبعة العاصمة - حسين حجازي.

٧- الإحكام في أصول الأحكام للأمدى سيف الدين أبي الحسن على الأمدى الناشر دار الحديث.

٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي ط دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.

- ٩- بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين تأليف الدكتور/ محمد المسعيد على عبد ربه - مطبعة السعادة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
- ١٠- تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بانمناه الحسيني الحنفي الخرساني المتوفى سنة ٨٦١ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ١١- تقرير العلامة للمحقق والفهامة المنقق الشيخ عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ١٢- التلويح على التوضيح لشرح متن التفتيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧ هـ مطبعة محمد على صبيح وأولاده - بمصر.
- ١٣- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكي - ط مصطفى البابي الحلبي - بمصر.
- ١٤- روضة الناظر وجنة المناظر: على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - الناشر الكليات الأزهرية.
- ١٥- شرح البدخشى المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشى وهو شرح لمناهج الوصول في علم الأصول للبيضاوى مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.
- ١٦- شرح القاضي عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية.

- ١٧- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام البركات النسفي. مطبعة المعاديات ١٣١٥ هـ.
- ١٨- شرح نور الأنوار على المنار لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن سعيد الحنفي ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٩- فولج الرحمت للعلامة عبد العلي بن نظام الدين الأنصاري بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين ابن عبد الشكور: ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ٢٠- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام اليزدي ، تأليف الإمام أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ هـ الناشر. دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.
- ٢١- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفي المتوفى سنة ٧١٠ هـ مطبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ٢٢- مختصر المنتهى الأصولي: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤٦ هـ. الناشر الكليات الأزهرية.
- ٢٣- المستصفي من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.
- ٢٤- المنحول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو. ط دار الفكر العربي بدمشق.

٢٥- المسودة: في اصول الفقه لابن تيمية. مطبعة دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

٢٦- الموافقات: للشاطبي ط دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٢٧- نظرية الإباحة: للدكتور/ محمد سلام مذكور ط دار النهضة العربية.

٢٨- نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ط دار الخير بدمشق.

٢٩- نزهة خاطر العاطر للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومي الدمشقي. الناشر الكليات الأزهرية.

٣٠- نهاية السؤل. للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي: مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

٣١- نفائس الأصول في شرح المحصول للعلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

هـ- كتب الفقه:

١- الأم: تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطي: في قواعد وفروع فقه الشافعية ط عيسى البابي الحلبي - بمصر.

- ٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط دار للكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد. ط البابى الحلبي وأولاده - بمصر.
- ٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان ابن على الزيلعى الحنفى. مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.
- ٦- حاشية الدسوقي للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدرديرى. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي. بمصر.
- ٧- تكملة فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفى. مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر.
- ٨- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام ط أنصار السنة المحمدية.
- ٩- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء مطبعة دار الحديث - بيروت لبنان.
- ١٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مطبعة عيسى البابى الحلبي.
- ١١- الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي مطبعة دار الفكر.
- ١٢- حاشية ابن عابدين. مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.

- ١٣- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ. على الهداية شرح بداية المبتدى. مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٤- الفواكه الدواني: شرح أحمد بن غنيم النفراوى الأزهرى - مطبعة البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٥- قوانين الأحكام الشرعية لأبن جزء المالكى. مطبعة عالم الفكر بمصر.
- ١٦- اللباب فى شرح للكتاب - تأليف عبد الغنى دمشقى الحنفى تحقيق محمود أمين. مطبعة دار الحديث - بيروت - لبنان.
- ١٧- المجموع شرح المذهب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطبعة دار الفكر.
- ١٨- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح محمد الشربيني على متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ط مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٩- المبسوط: لشمس الأئمة المرخسى ط دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ٢٠- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى ٤٥٦ هـ - ط دار الآفاق الجديدة- بيروت - لبنان.
- ٢١- المغنى: لأبن قدامة المقدسى الحنبلى مطبعة دار الكتاب العربى.
- ٢٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر.

٢٣- الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام أبي الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط البايي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٤- المختصر النافع في فقه الإمامية ط وزارة الأوقاف.

و- كتب التاريخ والرجال:

١- أسد الغابة في معرفة الصحابة: لعز الدين بن الأثير أبي الحسن علي ابن محمد الجزري المتوفى سنة ٩٣٠ هـ تحقيق محمد إبراهيم البساط ط الشعب.

٢- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب للمستعربين والمتشرقين. تأليف خير الدين الزركلي: ط دار العلم للملايين بيروت - لبنان.

٣- الإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر العسقلاني: تحقيق طه الزيني الناشر للكلبيات الأزهرية.

٤- البداية والنهاية: للحافظ ابن كثير الدمشقي: المتوفى سنة ٧٧٤ هـ — للناشر مكتبة المعارف بيروت - لبنان.

٥- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني: ط دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن - الهند.

٦- حسن المحاضر لجلال الدين السيوطي الشافعي ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ.

- ٧- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين الذهبي تحقيق محمد نعيم ط مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان.
- ٨- شذرات الذهب: في أخبار من ذهب للمؤرخ عبد الحق الحنبلي ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٩- الضوء اللامع: لأهل القرن التاسع تأليف المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي - منشورات مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- ١٠- الطبقات الكبرى لابن سعد: دار صادر بيروت - لبنان.
- ١١- العبر في خبر من غبر: للحافظ الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ، تحقيق أبا هاجر محمد السعيد: ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٢- الكامل في التاريخ: تأليف الشيخ عز الدين أبي الحسن المعروف بابن الأثير - ط دار صادر بيروت - لبنان.
- ١٣- معجم البلدان: للإمام شهاب الدين أبي عبد الله الحموي للبغدادى ط دار صادر - بيروت - لبنان.
- ١٤- معجم المؤلفين: تأليف عمر رضا كحالة الناشر مكتبة المثنى بيروت- لبنان.
- ١٥- مفتاح السعادة: تأليف أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده - ط الكتب الحديثة بالقاهرة.
- ١٦- هدية العارفين في أسماء المؤلفين: لإسماعيل البغدادى ط دار العلوم للحديثة - بيروت - لبنان.

- ١٧- وفیات الأعيان: لأبى العباس شمس الدين أحمد بن بكر تحقيق
الدكتور/ إحسان عباس ط دار صادر - بيروت - لبنان.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	مستل
٥٤٨	المقدمة	-١
٥٥٢	خطة البحث	-٢
٥٥٤	المبحث الأول: في تعريف الاستقصان	-٣
٥٥٤	أولاً: تعريف الاستقصان في اللغة	-٤
٥٦١	ثانياً: تعريف الاستقصان في الاصطلاح	-٥
٥٦١	تعريف الاستقصان عند متقضى الحنفية	-٦
٥٦٨	تعريف الاستقصان عند متأخرى الحنفية	-٧
٥٧٧	تعريف الاستقصان عند المالكية	-٨
٥٨٥	تعريف الاستقصان عند الحنابلة	-٩
٥٩٠	تعريف الاستقصان عند أبى الحسين البصرى	-١٠
٥٩٨	التعريف الراجع في نظرنا	-١١
٦٠٠	المبحث الثانى: في حجية الاستقصان	-١٢
٦٠١	المذهب الأول في حجية الاستقصان	-١٣
٦٠١	المذهب الثانى	-١٤
٦٠٢	المذهب الثالث	-١٥
٦٠٢	أدلة المذهب الأول على حجية الاستقصان	-١٦
٦٠٢	أدلتهم من الكتاب	-١٧

تأهف فهرس الموضوعاء

رقم الصفحة	الموضوع	مسلسل
٦٠٩	دليلهم من السنة	-١٨
٦١٦	دليلهم من الإجماع	-١٩
٦١٩	لئلتهم من المعقول.	-٢٠
٦٢٠	أدلة المنكرين لحجية الاستحسان.	-٢١
٦٢١	أدلة الشافعية.	-٢٢
٦٣٠	أدلة ابن حزم	-٢٣
٦٣٨	دليل المذهب الثالث.	-٢٤
٦٤٢	للمبحث الثالث: فى تحقيق مذهب الإمام للشافعى فى الاستحسان	-٢٥
٦٥٢	للمبحث الرابع: فى أنواع الاستحسان	-٢٦
٦٥٣	لنوع الأول: فى الاستحسان بالنص أو الأثر	-٢٧
٦٦٦	لنوع الثانى: فى الاستحسان بالإجماع	-٢٨
٦٧٠	لنوع الثالث: فى الاستحسان بالضرورة والحاجة	-٢٩
٦٧٦	لنوع الرابع: استحسان بالمعرف والعادة	-٣٠
٦٨٠	لنوع الخامس: الاستحسان بالمصلحة	-٣١
٦٨٤	لنوع السادس: الاستحسان بالقياس الخفى	-٣٢
٦٩٢	للمبحث الخامس: فى الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشته به	-٣٣

تابع فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
٣٤-	الفرق بين الاستحسان والقياس	٦٩٤
٣٥-	الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسله	٦٩٧
٣٦-	الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة	٦٩٨
٣٧-	الفرق بين الاستحسان والرخصة	٧٠٠
٣٨-	المبحث السادس: في أثر خلاف الطماء في الاحتجاج بالاستحسان	٧٠٤
٣٩-	المسألة الأولى: في شرط الخيار لغير العاقلين	٧٠٥
٤٠-	المسألة الثانية: قبض الهبة بغير إذن الواهب	٧٠٨
٤١-	المسألة الثالثة: في شركة المفاوضة	٧١٢
٤٢-	المسألة الرابعة: في إقرار الوكيل بالخصومة	٧١٩
٤٣-	المسألة الخامسة: في ردة الزوجين معا	٧٢٣
٤٤-	المسألة السادسة: في حكم قاطع الطريق في مصر	٧٢٦
٤٥-	المسألة السابعة: الاشتراك في السرقة	٧٣٢
٤٦-	المسألة الثامنة: اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل	٧٣٦
٤٧-	المسألة التاسعة: تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة	٧٤٢
٤٨-	المسألة العاشرة: محاذاة الرجل المرأة في الصلاة	٧٤٥
٤٩-	المسألة الحادية عشرة: في طهارة خبز الحمام والعصفور	٧٤٩
٥٠-	المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية	٧٥٣

م	الموضوع	الصفحة
٥١-	المسألة الثالثة عشرة: القبول ليس ركنا في الهبة	٧٥٨
٥٢-	المسألة الرابعة عشرة: في هبة الدين لغير المدين.	٧٦٣
٥٣-	خاتمة نسأل الله حسننها مع أهم النتائج	٧٦٧
٥٤-	الفهارس	٧٧٠
٥٥-	فهرس الآيات القرآنية الكريمة.	٧٧١
٥٦-	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة	٧٧٨
٥٧-	فهرس الآثار	٧٨٠
٥٨-	فهرس الأعلام	٧٨١
٥٩-	فهرس للمراجع	٧٨٦
٦٠-	فهرس للموضوعات	٧٩٨

رقم الإيداع

٢٠٠٠ / ٥٠٠٩

لترقيم الدولي I.S.B.N

977 - 5532 - 95 - 7

القول المبين في التطيل عند الأصوليين

إعداد

لأستاذ الدكتور

محمد عبد العاطي محمد علي

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بالقاهرة

خطة البحث العامة

تقع خطة دراسة هذا الموضوع في المباحث التالية

المبحث الأول: تعريف التعليل لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: منهج القرآن الكريم في التعليل.

المبحث الثالث: منهج السنة النبوية في التعليل.

المبحث الرابع: منهج الصحابة (رضى الله عنهم) في التعليل.

المبحث الخامس: منهج التابعين وتابعيهم في التعليل

المبحث السادس: التعليل في عصر تأليف الأصول.

المبحث السابع: ابن حزم والتعليل.

المبحث الثامن: تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل .

وعلى الله وعلى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المبحث الأول تعريف التعليل لغة واسطلاحاً

التعليل في اللغة :

مصدر عل ، يقال : عله يعله ويعله إذا سقاه السقية الثانية وتعلل بالأمر، واعتل : تشاغل ، وهذا علة لهذا أى سبب له^(١).

والتعليل في اصطلاح علماء المنطق :

تبيين علة الشيء. ويطلق عندهم أيضاً على ما يستدل فيه بالعلة على المعلول. ويسمى برهاناً لمياً.^(٢)

والمراء بالتعليل عند الأصوليين :

بيان اللعل وكيفية استخراجها وهذا قد يكون لأجل القياس، وهو رد فرع إلى أصل لمساواته في علة حكمه.
وقد يكون لغير ذلك ، بأن يبحث المجتهد في الحادثة المستجدة على معنى يصلح مناطاً لحكم شرعى يحكم به بناء على ذلك المعنى.
وهو المسمى عندهم بالاستصلاح أو المصالح المرسله.
أو بأن يبحث عن علة الحكم المنصوص لا لتعديته ، وهو ماسموه بالتعليل بالعلة القاصرة ، أو بيان الحكمة^(٣).

(١) انظر : لسان العرب جـ ١١ ص ٤٦٧ طبعه بيروت .

(٢) انظر شرح الخيصى على التهذيب للسعد التفتازان ص ٢٥٥ طبعه مصطفى عماد ، وحاشية العنان على شرح

للإمام على السلم ص ١٣٩ .

(٣) انظر : تعليل الأحكام ص ١٢ .

وتعليل الأحكام هو - أولاً - منهج القرآن والسنة ، ثم سار عليه الصحابة والتابعون ، فقد بنوا اجتهاداتهم على ما فهموه من العلل والمقاصد ، ثم بحثه العلماء من بعدهم ، فلم يخل عصر من عصور الإسلام عن الكلام فيه .

المبحث الثاني

منهج القرآن في التعليل

لقد شرع الله أحكامه لمقاصد عظيمة جلبت للناس مصالحهم ودفعت عنهم المفاسد ، وأبان سبحانه ما في الأفعال من مفسد حثا علي اجتنابها ، وما في بعضها من المصالح ترغيبا في إتيانها . وحتى لا تسأم النفوس من سماع القرآن فقد تنوعت أساليب التعليل فيه على الوجه التالي ^(١).

أ- فتراه مرة يذكر وصفا مرتباً عليه حكماً، فيفهم السامع أن هذا الحكم يدور مع ذلك الوصف أينما وجد . من ذلك قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " ^(٢) وقوله : " والمساقي والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله " ^(٣)، وقوله : " وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة " ^(٤) وقوله : " إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد علمهم هذا " ^(٥).

ب- وتراه أخرى يذكر مع الحكم سببه مقرونا بحرف السببية مقمما أو مؤخرا ، كقوله تعالى: " أنن للذين يقتلون بأنهم ظلموا " ^(٦) وقوله:

^(١) انظر : المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها .

^(٢) سورة النور : آية ٢ .

^(٣) سورة المائدة : آية ٣٨ .

^(٤) سورة النساء : ١٠١ .

^(٥) سورة التوبة : آية ٢٨ .

^(٦) سورة الحج : آية ٣٩ .

"فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم" ^(١) وقوله:
"من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس
أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا
الناس جميعا" ^(٢).

ج- وطورا يأمر بشئ ويردغه بوصفه بأنه أظهر أو أزكى، كقوله جل
شأنه: "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك
أزكى لهم" ^(٣) وقوله: "وإذا سألتموهن متاعا فاسألهن ممن راء
حجاب ذالكم أظهر لقلوبكم وقلوبهن" ^(٤) وقوله: "وإذا قيل لكم
ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم" ^(٥).

د- وحينما يذكر الحكم محلا إياه بحرف من حروف التعليل ، كقوله
تعالى: "ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى قلله وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين
الأغنياء منكم" ^(٦).

وقوله: " فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على
المؤمنين حرج في أزواج أدعياتهم" ^(٧) وقوله: " وصل عليهم إن
صلاتك سكن لهم" ^(٨) وقوله: ولا تطع كل حلاف مهين هملاز مشاء

^(١) سورة النساء : آية ١٦٠ .

^(٢) سورة المائدة : آية ٣٢ .

^(٣) سورة النور : آية ٣٠ .

^(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

^(٥) سورة النور : آية ٢٨ .

^(٦) سورة الحشر : آية ٧ .

^(٧) سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

سكن لهم " ^(١) وقوله : ولا تطع كل حلاف مهين همز مشاء بنميم مناع
للخير معتد أنتم عتل بعد ذلك زنيم أن كان ذا مال وبنين " ^(٢).
هـ- وفي مواضع كثيرة يأمر بالشئ مبينا مصالحه ، أو يحرم الشئ
مبينا مفسده المرتبة علي فعله ، كقوله تعالى : " وأعدوا لهم ما
استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم " ^(٣)
وقوله : " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا
بغير علم " ^(٤) وقوله : " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن
يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر
الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون " ^(٥).

^(١) سورة القدر : آية ١٠٣ .

^(٢) سورة ن : الآيات من ١٠ - ١٤ .

^(٣) سورة الأنفال : آية ٦٠ .

^(٤) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

^(٥) سورة المائدة : آيت ٩٠ ، ٩١ .

المبحث الثالث

منهج السنة في التحليل

وكذلك جاءت السنة النبوية بتعليلات كثيرة في توضيح القرآن، وبيان العلل والأسباب التي أدت إلى التشريع ، وتقريب الأحكام إلى الأذهان مما يؤدي إلى مسارعة الناس إلى الامتثال ^(١).

ففي العبادات : بيان جلى لأهدافها، وأنه يطلب فيها التزام الحكمة والاعتدال والتخفيف والتيسير في أدائها فيقول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو الذي كان يبالغ في عبادته فيصوم نهاره ويقوم ليله : " ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟ قلت: إني أفعل ذلك، قال : إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك، ونفثت نفسك، وإن لنفسك عليك حقا، ولأهلك عليك حقا، فصم وافطر وقم ونم " ^(٢)

فقد بين له رسول الله ﷺ ما يترتب على تلك العبادة الشديدة من ضرر بالغ في النفس ، وضياع حقوق الأهل والولد ، وهذه من المصالح الدنيوية ، وفيه إشارة إلى ضياع المصالح الأخروية ، فإن من ضعف نفسه عجز عن أداء حقوق ربه، فيفوت الخير الكثير في آخره.

وهذا معاذ بن جبل رضي الله عنه يطيل في صلاته إتماما لها وتقربا بها فيشكوه الشاكى إلى رسول الله ﷺ " لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان " وهنا يشرع رسول الله ﷺ التخفيف للصلاة ويزجر

^(١) انظر : تحليل الأحكام ص ٢٣ وما بعدها .

^(٢) انظر : عمدة القارى بشرح صحيح البخارى ج ٣ ص ٦٣٥ دار الطباعة العامرة . وجمعت : عارت وضعت بصرها لكثرة السهر . ونفثت : كلت وأبعت .

المطولين : " أيها الناس إنكم منفرون : فمن صلى بالناس فليخفف ، فإن فيه المريض والضعيف ، وذا الحاجة " (١).

فقد بين الرسول ﷺ الباعث على التخفيف ، وفيه الإشارة إلى أن الطاعة إذا أدت إلى ضياع المصالح أو لحق الناس منها الضرر ، خرجت عن مقصود الشارع .

وقال ﷺ للصحابه حينما امتنع عن إمامتهم لصلاة التراويح في الليلة الثالثة : " قد رأيت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج إليكم إلا أني خشيت أن يفرض عليكم " (٢) فقد امتنع ﷺ من إمامتهم لما وجد رغبته فيها ، خشية الفرض عليهم ، ثم يأتي زمان يتهاون الناس فيها أو يعجزون عن أدائها فيتركون ما فرضه الله عليهم ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ومع هذا فقد أمهم ليلتين إشارة منه ﷺ إلى جواز صلاتها جماعة ، وامتناعه كان لتلك العلة .

وقد يفهم بعضهم أن الحكم شرع من أجل سبب خاص ، وهو مخطئ في هذا الفهم ، فيبين الرسول ﷺ الصواب فيه ، والعلة التي من أجلها شرع الحكم .

من ذلك : أنه لما نزل قول الله تبارك وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم " (٣) ظن بعض الناس أن المقصود من الاستئذان هو حصول الإذن فقط ، فجاء يستأذن رسول

(١) انظر : عمدة القاري ج ١ ص ٥٠١ .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها ج ٢ ص ٤٩ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

الله ﷺ فنظر من جحر النبی ﷺ، فعنقه رسول الله " لو أعلم أنك تنظر لطمعت به في عينيك " مبينا له السبب في تشريع هذا الحكم " إنما جعل الاستئذان من أجل البصر " ^(١) يعني أن وجوب الاستئذان لأجل حفظ البصر، حتى لا يقع النظر على من حرم النظر إليه.

هذا: وقد يأمر رسول الله ﷺ بالشئ وينهى عنه في حالة خاصة لسبب خاص، فيفهم الصحابة أنه حكم مؤلّد، فيسألون الرسول ﷺ التخفيف لما يلحقهم من الحرج، فيبين لهم أن ذلك ليس مؤيدا بل جاء لعلّة خاصة.

من ذلك: ما رواه أصحاب السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت: دف الناس من أهل البادية، فحضرت الأضحى، فقال رسول الله ﷺ " ادخروا للثلاث وتصدقوا بما بقي " قالت: فلما كان بعد ذلك، قلت يا رسول الله: قد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها للودك، ويتخذون منها الأسقية. قال: وما ذلك؟ قلت: نهيت عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث فقال: " إنما كنت نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتصدقوا وتزودوا " ويرويه مسلم بلفظ " إنما فعلت ذلك من أجل الدافة " ^(٢).

وكثيرا ما يذكر رسول الله ﷺ الحكم معللاً إياه بما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية.

ومن ذلك: حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ شبابة لا نجد شيئا فقال لنا رسول الله ﷺ: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم

^(١) انظر: صحيح البخاري ج ٨ ص ٥٤.

^(٢) دف للماشى: حنف على وجه الأرض، والدافة: الجماعة من الناس تقبل من بلد إلى بلد.

يستطع فعلية بالصوم فإنه له وجاء " (١) فتراه يأمر القادر على تكاليف الحياة الزوجية بالتزوج شارحا له ما يترتب على ذلك من مصالح ، مبينا السبب في هذا ، وهو حفظ البصر والفرج الذي أمر الله بحفظهما في غير آية ، وإذا حفظا كان الخير والفلاح ، فإن شرورا كثيرة تنشأ عنهما- وفي الوقت نفسه يأمر العاجز بسلاح آخر وهو الصوم ليكسر شهوته ، ومتى كسرت ترتب الخير على ذلك فإنه له وجاء " .

ومن ذلك : حديث النهي عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها ، معللاً هذا النهي بما يترتب على الفعل من ضرر بالغ وهو قطع الرحم "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم" (٢).

وأحيانا يبين أن فعلا من الأفعال يترتب عليه مصالح تقتضي إباحته ولكنه يمتنع عنه لما يخالط ذلك من مفسد أعظم منها ، فهو فيه فإن يوازن بين المصلحة والمفسدة ويقدم الأهم وهو دفع المفسدة.

من ذلك : ما أخرجه الشيخان بسندهما عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : " لولا أن قومك حديثوا عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم " (٣) فهو يخبر أن تغيير البيت منكسر يجب إزالته ، ولكه أمتنع من ذلك ، لما يترتب عليه من نفورهم ، حيث ألفوا هذا الوضع وتمكنت العادات من نفوسهم ، وفي تغييره حرج لهم ، وربما رجعوا إلى الشرك مرة أخرى من أجل ذلك.

(١) انظر : صحيح البخاري ، باب من لم يستطع الشاة فليصم جـ ٣ ص ٣ ، دار مطابع الشعب .

(٢) رواه ابن عدى ، وفي رواية ابن حبان : " إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم " نيل الأوطار جـ ١ ص ١٤٧ .

(٣) انظر : المنع الكبير في صم الزيادة إلى إجماع الأصغر جـ ٣ ص ٥٢ .

ومن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن جابر رضى الله عنه، في قصة الرجل الذى قال لرسول الله ﷺ: عدل، فقال له عمر: دعنى يا رسول الله أقتل هذا المنافق، فقال: " معاذ الله أن يتحدث الناس أنى أقتل أصحابى " ^(١) فقد رأى رسول الله ﷺ أن يتحدث بمثل هذا ينفر الناس عن الإسلام، مبينا أن مفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

وقد يعارض أصحاب رسول الله ﷺ أمره بما يترتب عليه من ضرر يلحق المسلمين بسببه، فيقرهم على ذلك ﷺ.

من هذا : ما رواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبى ﷺ بعث أبا بكر ينادى : "من قال لا إله إلا الله نخل الجنة " فوجده عمر فرده وقال: " إذا يتكلموا " ^(٢)، وأقره الرسول ﷺ على ذلك، ولم ينكر عليه لما وجد المصلحة فيما قال .

هذا: والوقائع السابقة ليس فيها مخالفة للنصوص الشرعية كما ادعى الطوفى وغيره، لأنها تتطوى على العمل من صاحب الشرع نفسه، فالمستند فيها هو السنة قولاً وعملاً وتقريراً، فصاحب الشرع هو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه على قواعد إبراهيم، فلم يكن هناك نص ترك من أجل المصلحة بل ثبت الترك بالنص رعاية للمصلحة، ولا يقال على فعل الرسول ﷺ أنه مخالف للنص، وكيف يقال ذلك، والتسريع صادر منه... كما أن صاحب الشرع هو الذى أقر اجتهد عمر فسى رد

^(١) انظر : الفتح الكبير جـ ٣ ص ١٣٦ .

^(٢) انظر : نيل الأوطار جـ ١ ص ٢٩٦ .

أبى بكر ومنعه من النداء بأن من قال: لا إله إلا الله دخل الجنة، فهو
اجتهاد من عمر أقره الرسول ﷺ، فلا يقال بعد ذلك: إن رسول الله ﷺ
عارض النص بالمصلحة.

المبحث الرابع منع العداية في التعليل

أنتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى تاركاً وراءه هؤلاء الأصحاب رضوان الله عليهم ، أمناء على شرع الله ، خلفاء في قيادة الأمة ، فساروا على الطريق الواضحة التي رسمها لهم ، وسلكوا السبيل التي سلكها رسول الله ﷺ في تعليل الأحكام ببيان أسبابها عند الحاجة . توسعوا في ذلك ولكن من غير مخالفة ولا عصيان ، بل اعتقاداً منهم أن شريعة الله ليست جامدة على المنصوص حتى توقع الناس في أصر أخبر الله أنه وضعه عنهم فدخلوا هذا الباب من نواح متعددة ^(١).

أ - فتارة يعللون أحكاماً وردت غير معللة ليعدوا حكمها ، كتعليلهم النهي عن قطع الأيدي في الغزو - والذي ورد مجرداً عن سبب هذا النهي فيما رواه أبو داود أن النبي ﷺ نهى عن أن تقطع الأيدي في الغزو ^(٢) - خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخير من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً كما قاله عمر وأبو الدرداء وحذيفة وغيرهم . وهذا في الرجل العادي من الجيش ، أما إذا كان الحد قد وجب على أمير الجيش مثلاً ، فستكون العلة في منع إقامة الحد عليه هي ظهور ضعف المسلمين وطمع العدو فيهم إذا أقاموا عليه الحد . فقد روى أبو يوسف في كتاب الخراج عن علقمة قال : غزونا أرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قريش ،

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٣٥ وما بعدها .

^(٢) سنن أبي داود مع شرحه عون الممبوع ج ٤ ص ٢٤٦ .

فشرب الخمر، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة: " تحذون أميركم وقد
 دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم " وروى هذا الأثر عبد الرازق بسند
 إلى علقمة قال: أصاب أمير الجيش وهو الوليد بن عقبة شرابا
 فسكر، فقال للناس لأبي مسعود وحذيفة بن اليمان : أقيما عليه الحد.
 فقالا: لا نفعل، نحن إزاء العدو ونكره أن يعلموا فيكون جرأة منهم
 علينا وضعفا بنا " فالصحابية رضوان الله عليهم فهموا المقصود من
 النهي السابق لرسول الله ﷺ فعذوا الحكم إلى غيره من الحدود، لما
 تجر إقامتها عليهم إذ ذاك من الضرر بالمسلمين ^(١).

وهذا التعليل لم يخالف نصا ولا قياسا ولا إجماعا وليس فيه إلا
 تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إما من حاجة المسلمين إليه ، أو من خوف
 ارتداده ولحقه بالكفار. ومثل هذا التأخير لعارض أمر وردت به
 الشريعة ، كما يؤخر الحد عن الحامل والمرضع ، وعن وقت الحر
 والبرد والمرض ، وهو لمصلحة المحدود خاصة ، فما بالك بما هو
 لمصلحة الإسلام عامة فهذا النوع ورد الحكم فيه غير مغل فغلوه بما
 يترتب على الفعل من ضرر ^(٢).

ب- وهناك أحكام وردت مطلقة أو معللة بعلّة، فلما بحثوها وجدوا تلك
 العلل قد زالت ، أو ما شرع له الحكم قد تغير، فغيروا الأحكام تبعاً
 لذلك.

^(١) انظر : إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٣ وما بعدها بتعليل الأحكام ص ٣٦ ، ٣٧ ومدخل الفقه الاسلامي

للدكتور سلام مذكور ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

^(٢) انظر : تعليل الأحكام ص ٣٧ .

من ذلك: حكم المؤلفات قلوبهم شرع الله إعطاءهم من الزكاة، وأعطاهم رسول الله ﷺ من مال الله كثيرا ^(١)، ومضى زمن رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، ثم حدث في زمن أبي بكر رضي الله عنه ما رواه الجصاص في تفسيره ^(٢) عن ابن سيرين عن عبيدة قال: جاء عيينة بن حصن والأقرع بن حابس إلى أبي بكر فقالا: يا خليفة رسول الله، إن عندنا أرضا سبخة ليس فيها كلا ولا منفعة، فإن رأيت أن تعطيناها فأقطعها إياها وكتب لهما عليها كتابا فأشهد، وليس في القوم عمر، فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما، فلما سمع عمر ما في الكتاب تناولته من أيديهما ثم نفل فيه فمحا، فتنمرا وقالوا مقالة سيئة، فقال: إن رسول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يؤمّن قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام؟ إذهبا فاجهدا (أي أبلغا غايتكما في العمل) جهدكما، لا يرعى الله عليكما إن رعيتم... فترك أبو بكر الإنكار عليه.

فهذا أبو بكر يكتب لهما تأليفا اقتداء برسول الله ﷺ ظننا منه أن حكم التأليف باق، فلما بين له عمر أن التأليف لم يكن إلا لحاجة وهي تكثير سواد المسلمين وتقوية شوكتهم حينما كانوا في قلة وضعف، وقد انتهت هذه الحاجة وكثر المسلمون وقويت شوكتهم فلا داعي إذا إلى التأليف-

^(١) هؤلاء المؤلفات منهم من كان مسلما ضعف الإيمان ومنهم من كان على دبه . أعطاهم ليقوى إيمان الأول ويصحب الثاني في الإسلام .

^(٢) انظر : تفسير الجصاص جـ ٣ ، ص ١٥٣ .

سلم له ولم ينكر عليه، بل لم ينكر عليه أحد فصار إجماعاً على أن الحكم كان دائراً مع علته والغرض منه، فلما انتهى الغرض ترك الحكم^(١).

ج - وهناك أحكام شرعها الله في كتابه أو فعلها رسول الله ﷺ، فستراهم ينهون عنها في بعض الأحيان، مع اعترافهم بمشروعيتها، دفعاً لمفسدة تترتب على فعلها.

من ذلك: موقف عمر رضي الله عنه من نكاح المسلم للكتابية وقد عدها الله جلّت قدرته في عداد الحلال في قوله: " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهم أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان^(٢) " فقد روى الإمام محمد في كتابه الآثار عن إبراهيم عن حذيفة "أنه تزوج بيهودية بالمدائن، فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها، فكتب إليه: أحرام يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك أن لاتضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين^(٣)".

فقد منع عمر رضي الله عنه حذيفة من المباح خشية ما يترتب عليه من الضرر، وهو ترك المسلمات بلا زواج فيقعن فيما حرمه الله وفي ذلك من الفتنة والفساد ما فيه^(٤).

^(١) وى حكم عمر هنا يقول صاحب مسلم الثبوت: إنه من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء العلة وقال الشارح: وى التصريح بهم بالثلاثة فلوهم إشارة إلى ذلك " انظر: مسلم الثبوت مع شرحه جـ ٢ ص ٨٤.

^(٢) سورة المائدة آية ٥.

^(٣) انظر: أحكام القرآن للحصص جـ ٢ ص ٣٩٧، الآثار لحمد بن الحسن ص ٧٥ طبعة الهند نقله صاحب رسالة تحليل الأحكام ص ٤٣.

^(٤) انظر: تحليل الأحكام ص ٤٣، ٤٤، والاجتهاد في التشريع الإسلامي للدكتور سلام مذكور ص ٦١.

د- وهناك أحكام زاجرة اقتضتها الحاجة لم تكن في زمن الرسول ﷺ فقتلوا بها دفعا لمفسدة متحققة أو مظنونة وإن أدى ذلك إلى تخصيص النص.

من ذلك: مسألة الطلاق الثلاث، وإيقاعه، وموقف عمر رضي الله عنه من ذلك، فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، مخالفا بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ، وعهد أبي بكر، بل في صدر من عهده هو أيضا لأنه رأى أن هذه هي الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن أفرطوا فيه بلفظ واحد، فقد فعل ذلك للمصلحة وحدها... وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله لأنه رأى في عدم قتلهم به إهدارا لدم معصوم، وتشجيعا على القتل الحرام بالاشتراك فيه فلا يتحقق مصلحة الزجر التي من أجلها شرع القصاص... ولم يقطع يد سارق أو سارقة في عام المجاعة، لأنه رأى أن هذه السرقة كانت لحفظ الحياة، وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال فضرورة المحافظة على الحياة دفعتهم إلى السرقة، والمضطر يجوز له أن يأخذ من مال غيره ما يسد ضرورته ولو بدون إذن فلو أكل هؤلاء ما حرم الله، كالميتة وغيرها لحل لهم ذلك ولو لا حالة الضرورة هذه لقطع عمر أيديهم، وحالة الضرورة هذه شبهة تدرأ الحد فعمرو - رضي الله عنه - لم يسقط الحد بعد وجوبه، بل هو لم يجب أصلا لوجود الشبهة التي أوجبت درأه^(١).

^(١) انظر : المصلحة ونجم الدين الطوسي ص ٣١ ، ٣٢ (والفيل يتصرف)

ومن هذا النوع أيضا: حكم عمر رضى الله عنه بتأييد الحرمة على من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها زجرا لأمثاله أن يفعلوه، ومعاملة له بنقيض مقصوده ، مع أنها لم تعد من المحرمات في القرآن والسنة... وكحكم عثمان رضى الله عنه بتوريث المبتوتة فى مرض الموت بعد انقضاء عدتها ، معاملة للزوج بنقيض مقصوده لأن قصده الفرار من الميراث ، وهذه لم تعد في جملة الورثة حيث خرجت عن الزوجية....

وإذا كان الشارع منع القاتل من الميراث معاملة له بنقيض مقصوده حيث استعجل الميراث بالقتل فحرمه الشارع منه، فهؤلاء سلكوا سبيله موافقين غير مخالفين ، ومعتقدهم فى ذلك أن الأحكام شرعت لمقاصد قصدها الحكيم سبحانه، ولولا هذا لوقفوا عند النصوص^(١).
هـ- وهناك أفعال فعلوها لم تكن على عهد رسول الله ﷺ عللوها بأنها خير، وأحكام حكموا بها فى حوادث جدت معللين بما يوافق العلل المنصوصة .

- فمن الأول: قول عمر لأبى بكر- رضى الله عنهما- فى مسألة جمع القرآن كما رواه البخارى لما قال له أبو بكر: كيف تفعل فعلا لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فقال: والله إنه خير ومصلحة الإسلام، فلما اقتنع أبو بكر بخيريته ، أمر زيد بن ثابت بالجمع ، فقال له الآخر: كيف تفعل شيئا لم يفعله رسول الله؟ فأجاب بأنه خير.

(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٦٣ .

ووجه المصلحة فيه : أن القرآن كان مكتوباً كله ولكنه مفرق، وكان المعتمد عليه حينئذ ماقى صدور الرجال فلما قتل عدد كبير من القراء في وقعة اليمامة، رأوا أنهم لو تركوه ضاع بموت القراء. وقد يقال: إنهم لم يفعلوا شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ لأنه كان يأمر الكتاب بالكتابة، وتوفى القرآن كله مكتوب.

والجواب: أنهم جمعوه في مكان واحد مرتباً بعد أن كان مفرقاً غير مرتب ولأنه لو كان مكتوباً على الوجه الذي جمعوه، لما نازع أبوبكر أولاً محتجاً بأنه شئ لم يفعله رسول الله ، وكذلك ابن ثابت؟ ولما لجأ عمر إلى القول بأنه خير، بل كان يكفي أن يقول: إن رسول الله فعله^(١).

- ومن الثاني: ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن القاسم: أن رجلاً سرق من بيت المال ، فكتب عمر بن الخطاب "لا تقطعه فإن له فيه حقاً"^(٢).

وروى مالك في الموطأ بسند متصل: " أن عبد الله بن عمرو الحضرمي جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له: أقطع يد غلامي فإنه سرق فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق امرأة لامرأتى ثمنها ستون درهماً؟ فقال عمر: أرسله فليس عليه قطع خادمتكم سرق متاعكم"^(٣).

^(١) انظر : المرجع السابق ص ٦٤ .

^(٢) سبل السلام ج٤ ص ٢٦ .

^(٣) انظر : المنتقى شرح موطأ مالك ج٧ ص ١٨٤ الطبعة الأولى .

وروى محمد بن الحسن قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم: أن معقل بن مقرن المزني أتى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بأمة له زنت، قال: اجلدها خمسين جلدة، فقال: إنها لم تحصن، قال عبد الله: إسلامها إحصانها قال: فإن عبدا لى سرق من عبد لى آخر، قال ليس عليه قطع، مالك بعضه من بعض (١).

فهذه الآثار نفت القطع بعد ثبوت مقتضاه وهو السرقة، وأخرجت هؤلاء من عموم النص بعد تعليلهم بما يدفع الحد عنهم من وجود الشبهة فى السارق من الغنيمة وهى أنه صاحب حق وفى الخادم وهى خدمته، وعدم إحراز المال عنه لكثرة دخوله عليه، فلم يتحقق موجب القطع وإن سمي سارقا وفى العبد الذى سرق من زميله، وهى أن الكل مال السيد وعدم حرزه عنهم. وكل هذا موافق أو مأخوذ من قوله ﷺ ادروا الحدود بالشبهات (٢) أو ما فى معناه (٣).

و- وهناك أحكام اشتبه الأمر فيها على بعضهم فتوقف فيها أو حكم بحكم غير صحيح فيبين له صحابى آخر الصواب فيها فيوافقه.

من ذلك: ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم " أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء، فأمر بقتله، فقال عبد الله بن

(١) انظر: الآثار محمد بن الحسن الشيباني ص ١٠٧.

(٢) الحديث رواه الترمذى والحاكم فى مستدرکة والبيهقى فى سننه عن عائشة رضى الله عنها كما رواه ابن عسدى فى الكامل.

انظر الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى إجماع الصغير ج ١ ص ٦٠.

(٣) انظر: تعليل الأحكام ص ٦٥، ٦٦.

مسعود رضى الله عنه : كانت النفس لهم جميعا، فلما عفا هذا حى النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه، يعنى الذى لم يعف، حتى يأخذ حق غيره قال: فما ترى؟ قال: أرى أن تجعل الدية عليه فى ماله وترفع عنه حصة الذى عفا. قال عمر رضى الله عنه: وأنا أرى ذلك ^(١).

بيان هذا: أن الله سبحانه حكم بالقصاص فى القتل إلا إذا وجد عفو، فإنه يسقط عنه القود. يقول الله سبحانه: " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شئ فلتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة. " ^(٢) والعفو له خمسة معان الذى يصح منها هنا أحد معنيين: العطاء أو الإسقاط. رجح الشافعى الإسقاط ، وغيره العطاء. وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "من قتل له قتل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي وإما أن يقتل " وفى رواية الترمذى "إما أن يعفو وإما أن يقتل ^(٣) وفى رواية أبى داود والنسائى " فمن قتل له قتل بعد مقاتلته هذه فأمله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا، ^(٤) فقد جعل الخيار للولى فى القتل أو أخذ الدية إن عفا، وليس فى الآية والحديث حكم ما لو عفا بعض الأولياء دون الآخرين. فعمر رضى الله عنه نظر فى القضية وحكم بالقود كما هو الأصل. ولما عفا البعض ظن أن العفو لا يعمل إلا إذا كان من الجميع، فرجح جانب صاحب الأصل وهو الذى لم يعف فود

^(١) انظر : الآثار محمد بن الحسن ص ١١٣ .

^(٢) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

^(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٠٠ .

^(٤) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

عليه ابن مسعود مبينا له أن لكل منهما حقا مستقلا لا يجوز إسقاط أحدهما بالآخر، فصاحب العفو لما عفا أسقط القود عن النفس، فلو أمضيناه أسقط حق الذي لم يعف، ولم أمض حق الطالب للقصاص ضاع حق الذي عفا، فجمعاً بين الحقيقتين؟ نفرض الدية وفيها يمكن استيفاء كل منهما حقه فيأخذ الطالب نصيبه ويسقط حق الذي عفا^(١).

وأخيراً هناك أحكام وقفوا عندها غير معللين أو ظهرت لهم العلة وزوالها، ولكنهم آثروا الوقوف عندها لقتداء برسول الله ﷺ المصلحة في تغييرها، وهذا النوع يختلف عما تقدم.

من ذلك: ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جاء إلى الحجر الأسود قبله فقال: إني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ماقبلتك^(٢) وقال: " مالنا وللرمل إنما راعينا به المشركين وقد أهلكهم الله، ثم قال: شيء صنعه رسول الله ﷺ لا نحب أن نتركه ثم رمل"^(٣).

فعمر رضي الله عنه يعرف العلة وزوالها، ومع ذلك يؤثر اتباع رسول الله ﷺ معترفاً أن هذا الحكم وما شابهه تعبدى محض أمرنا بالوقوف عنده لاتعدوه إلى غيره.

فكثير ما نراه رضي الله عنه يعلل الأحكام بعلل اتباعاً للمصلحة، لكنه رأى في هذا الفعل (الرمل) أنه وإن كانت العلة قد زالت فلم يجد

^(١) انظر: تعليل الأحكام ص ٦٦، ٦٧.

^(٢) رواه البهاري في باب ما ذكر في الحجر الأسود جـ ١ ص ١٨٣، دار مطابع الشعب.

^(٣) نقله البيهقي في سننه جـ ٥ ص ٨٢.

مصلحة في تركه ولا يترتب على فعله مفسدة، ومثل هذا لا يترك وذلك يهديننا إلى مبلغ فهمهم لشريعة الله ومقاصدها، وعدم وقوفهم عند النص في كل شيء بل في الأحكام الثابتة التي لا يتغير المقصود منها على مسر الأيام.

والخلاصة:

أن الصحابة- رضوان الله عليهم- عللوا وأثبتوا الأحكام بناء على هذه العلة، وكان من نتيجة تعليلهم هذا أن غيروا بعض الأحكام تبعاً لتغير المعنى الذي من أجله شرع الحكم^(١).

^(١) انظر : تحليل الأحكام ص ٧١ .

المبحث الخامس

منهج التابعين وتابعيهم في التعليل

انتهى عصر الصحابة رضوان الله عليهم ، وجاء عصر التابعين وتابعيهم، وكانوا كسلفهم أمانة على شرع الله محافظين على حدود الله، وكان منهجهم في التعليل لا يخرج أيضا عن منهج أسلافهم، وإن تفرقوا في الطريقة واختلفوا في المشرّب حسب المعين الذي شربوا منه، والصحابي الذي تلقوا عنه، والبيئة التي كونتهم، والظروف التي أحاطت بهم.

وإليك بعضا من هذه التعليلات ^(١):

أ - فهناك نصوص جاءت بأحكام مطلقة أو عامة، فوجدوا العمل بهذا الإطلاق أو العموم موصلا إلى خلاف المصلحة، فعملوا بالمصلحة، وإن أدت إلى تقييد النص، أو تخصيصه.

من ذلك ما روى عن أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت ، فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال " ^(٢) وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا ، فقال: بل

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٧٢ وما بعدها .

^(٢) انظر : نيل الأوطار حـ ص ١٨٦ .

ادعوا الله. ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله سعر، فقال: بل الله يخفض ويرفع^(١).

فالرسول ﷺ لا يرضى بالتسعير، لما فيه من ظلم بأرباب السلع وهم التجار، حيث إن التسعير يجبرهم على بيع أموالهم بما لا يرضون به. والله سبحانه وتعالى نهى عن أن تؤكل أموال الناس إلا إذا كانت تجارة عن تراض.

غير أن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب وربيعه بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري أفتوا بجواز التسعير كما نقله عنهم أبو الوليد الباجي في شرح الموطأ^(٢). فما الذي استندوا إليه والحديث صريح لاليس فيه، هل ورد حديث آخر يبيح التسعير؟ لا، ولكنها المصلحة ودفع الضرر...

فقد نظر هؤلاء إلى النهي معللاً بعدم ما يقتضيه، ومجرد غلاء السعر الذي حدث لا يوجب، فلما جد في زمنهم ما يحوج إليه أفتوا به. ومن تأمل لفظ الحديث بروايته، لم يجد فيه أن التسعير حرام لا تصريحاً ولا تلويحاً، بل غاية ما فيه تفويض الأمر لله لأنه القابض الباسط، وأمر لهم بالدعاء كي يرفع الله عنهم ما نزل بهم، ولم يكن ثمة غير غلاء السعر، والغلاء كما يكون من تحكم أصحاب السلع رغبة في ربح كبير، يكون من قضية العرض والطلب، فلو كان الذي حدث في عهد رسول

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: للتفتي شرح موطأ مالك ج ١ ص ١٨. وقال الباجي فيه موجهاً هذا القول: "إنه نظر لمصالح الناس ومنع للإنساد عليهم، وليس فيه جرم للبيعة على البيع حتى يكون منقياً للملك ولكنه منع من البيع بغير هذا السعر على حسب ما رآه الإمام من المصلحة فيه للبايع والمبتاع ولا يمنع البائع ربماً ولا يوسع له منه ما يضر الناس".

الله ﷻ هو تحكم التجار قصد إضرار الناس، ما تركهم من غير تسعير رفعا لهذا الظلم، ولكن الذي حدث في عصره ﷺ هو مجرد الغلاء فقط كما جاء في رواية أنس رضي الله عنه "غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سمرت... " (١).

ب- وهناك أحكام لم يرد بها نص أفتوا وقضوا بها لما فيها من المصلحة وهو ما يسمى بالمصلحة المرسلّة في عرف الأصوليين.

من ذلك: ما جاء في الأم للإمام الشافعي وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح، فضمن قصارا احترق بيته، فقال : تضمنني وقد احترق بيتي ؟ فقال شريح: "أرأيت لو احترق بيتي كنت تترك له أجرك" (٢).

فتراه قد أفتى بما فيه مصلحة للناس، ويرد على قول القصار الذي استبعد فيه تضمينه مع احتراق بيته وليس له دخل فيه بأن هذا لا يصلح علة لسقوط الضمان منازراً بشئ متفق عليه وهو احتراق بيت صاحب الثوب الذي لا يسقط الأجرة عنه، فكذلك هذا (٣).

ج- وهناك أفعال مباحة أو مسنونة تركوها لما يترتب على فعلها من المفاسد: من ذلك؟ مارواه الطبري عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب " أنه اعتمر مع عمر بن الخطاب في ركب فيهم عمرو بن العاص ، وأن عمر بن الخطاب عرس (٤)

(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٧٨ ، ٧٩ .

(٢) انظر : الأم ج ٧ ص ٨٧ .

(٣) تعليل الأحكام ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٤) جاء في الصباح للزم مادة عرس : ويقال عرس إذا برز المسافر ليستريح ليلة ثم يرثل ، وقالوا : عرس القوم في الدول تعريفاً إذا نزلوا أي وقت كان من لي خار . انظر الكتاب المذكور ص ٥٤٩ .

ببعض الطريق قريباً من بعض المياه ، فاحتلم عمرو وقد كاد أن يصبح فلم يجد مع الركب ماء ، فركب حتى جاء الماء فجعل يغسل مارأى من ذلك الاحتلام حتى أسفر ، فقال له عمرو بن العاص : أصبحت ومعنا ثياب فدع ثوبك يغسل ، فقال عمر : وأعجبا لك يا عمرو بن العاص لئن كنت تجد ثياباً أفكل الناس يجد ثياباً؟ والله لو فعلتها لكانت سنة بل أغسل ما رأيت وأنضح ^(١) ما لم أر ^(٢)

فقد امتنع رضى الله عنه من فعل مباح لما يترتب عليه من مفسدة الحرج على الناس والمشقة التي تلحقهم ^(٣).

د- وقد يشتبه علي أحدهم الحكم فيحكم أو يفتى خطأ فيبين له الآخر وجه الصواب مبيناً سبب الخطأ فيما قال.

من ذلك : ما رواه ابن سعد في طبقاته قال : "سأل رجل سعيد بن المسيب في رجل نذر في معصية ، فقال سعيد : يوفى به ، فنسأل عكرمة فقال : لا يوفى به . قال : فذهب الرجل إلى سعيد فأخبره بقول عكرمة ، فقال سعيد : لا ينتهي عبد ابن عباس حتى يلقي في عنقه حبل ويطاف به قال : فجاء الرجل إلى عكرمة فأخبره الخبر فقال له عكرمة : إنك رجل

^(١) يقال : نضحت الثوب نضحاً من باب ضرب ونضح وهو البيل بالماء والرش والصباح للمر من ٨٣٧ . مادة نضح .

^(٢) انظر : للفتني شرح موجز مالك جـ ١ ص ١٠٢ .

^(٣) انظر : تحليل الأحكام ص ٨٩ .

سوء قال: لم؟ فقال: فكما بلغتني قبله قل له: هذا النذر لله أم للشيطان؟
فو الله إن زعم أنه لله ليكذب، ولئن زعم أنه للشيطان ليكفر^(١) - (٢).
فابن المصيب نظر إلى النص وهو قوله تعالى: " وليوفوا
نذورهم"^(٣) حيث لم يفصل، وكذلك الأحاديث المطلقة ولكن عكرمة يخطئه
في هذا وينظر إلى المعنى المقصود من الأمر بالوفاء بالنذر، وأنه معطل
بكونه قريبة وعبادة يتقرب بها إلى الله سبحانه، فإذا خرج عن هذه الدائرة
أمتنع الوفاء به ولذلك أفتى هنا بعدم الوفاء مبينا علة الحكم بأن هذا النذر
إن كان لله فلا يصح حيث يمتنع التقرب إليه بالمعاصي ، وإن كان
للسيطان كفر من أمره بالوفاء به^(٤).

^(١) وفيه قول الرسول ﷺ: " من نذر نفرا في معصية فكفارته كفارة يمين " حجة الله البالغة جـ ٢ ص ٢٠٤ دار
التراث .

^(٢) انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد جـ ٥ ص ٢١٤ ضع ليدن .

^(٣) سورة الحج : آية ٢٩ .

^(٤) انظر : تعليل الأحكام ص ٩١ .

المبحث السادس

التعليل في عصر تأليف الأصول

بيننا أنفا أن التعليل هو - أولا - مسلك القرآن والسنة، ثم علل الصحابة بفطرتهم السليمة ثم سار على نهجهم التابعون وتابعوهم... ثم ابتلى الناس بعلم الكلام، فجاء التعقيد والخلاف والجدل، ثم انتقل أثر ذلك إلى الميدان الأصولي لاسيما أن عددا من كبار المتكلمين كانوا أصوليين وأفوا في علم الأصول.

وما بيناه سابقا يدل على أن التعليل قبل هذه الحقبة، أو قبل تأثير علم الكلام في المجال الفقهي الأصولي - كان مسألة مسلمة كما ذكر الشاطبي رحمه الله ^(١) حيث ينظر إلى الشريعة على أنها رحمة وخير وصلاح وعدل وتركية، وأنها لم تترك خيرا إلا دلت عليه، ولم تترك شرا إلا نهت عنه وسدت طريقه، وأن هذه غايتها وعلتها.

يقول فضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبي بعد أن ذكر مسلك القرآن والسنة في التعليل وجمع كثيرا من تعليقات السلف واجتهاداتهم المبنية عليها: "وما كنت بحاجة إلى هذا البحث بعد ما تقدم من عرض نصوص التعليل في القرآن والسنة ومسلك الصحابة والتابعين وتابعيهم فيه غير متخالفين ولا متنازعين، وفيه الحجة القاطعة على أن أحكام الله

^(١) انظر: المرافقات ج ٢ ص ٦.

معلقة بمصالح العباد، وقد وجد إجماع أو شبه إجماع على هذه الدعوى قبل أن يولد المتخاصمون فيها...^(١).

وقد جزم كثير من العلماء بانعقاد الإجماع في مسألة التعليل . ومن هؤلاء الأمدى رحمه الله " فقد نص على أنه لا يجوز القول بوجود حكم لا لعله إذ هو خلاف إجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة " ثم أكد ذلك موضع آخر بقوله : "إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود " ^(٢) وبمثل هذا صرح ابن الحاجب فقال: " فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة " ^(٣).

ويقول الطوفى : " أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جامدى الظاهرية- على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفسد، حتى إن المخالفين في كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح " ^(٤).

^(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٩٦ .

^(٢) انظر : الاحكام ج ٣ ص ٣٨٠ ، ٤١١ .

^(٣) انظر : منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول واجدل ص ١٨٤ .

^(٤) انظر : المصلحة ونعم الدين الطوفى ص ٢١٥ .

والشاطبي نفسه - الذى صرح بوجود مخالفين فى المسألة - نجده ينص أيضا : على وجود إجماع على التعليل فيقول : " والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة " ^(١) ، ويقول أيضا : " الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق " ^(٢) .

وقد انتقد العلامة شاه ولي الله الدهلوى منكرى التعليل وأنكر عليهم ظنهم أن الشريعة ليست سوى اختبار وتعبد لا اهتمام لها بشئ من المصالح ، ثم قال : " وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشهود لها بالخير " ^(٣) .

هذا : والإجماع المذكور فى الأقوال السابقة وإن كان ينصرف أساسا إلى السلف من جهة وإلى الفقهاء والأصوليين من جهة أخرى ، فانصرافه هذا لا ينقص من قيمته فى شئ ، لأنه إجماع السلف المقتضى بهم ، كما أنه إجماع أهل الاختصاص بعد ذلك .

ومن هنا : فإن خرق بعض المتكلمين فى زمن متأخر لهذا الإجماع ، لا يقدح فيه ، بل الإجماع قادح فيما ابتدعوه من النظريات والمعقولات الجبلية ^(٤) .

ومن هنا أيضا : فلا عبرة بما قاله ابن السبكي وهو يعقب على قول البيضاوى : " الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصالح

^(١) انظر : الموافقات جـ ٢ ص ١٢٦ .

^(٢) انظر : المرجع السابق جـ ١ ص ١٣٩ .

^(٣) انظر : حجة الله البالغة جـ ١ ص ٦ .

^(٤) انظر : نظرية المقاصد ص ١٨٥ .

عباده تفضلا وإحسانا " حيث قال في الشرح: " وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد... وهذه الدعوى باطلة ، لأن المتكلمين - يقصد المتكلمين الأشاعرة - لم يقولوا بتعليل الأحكام، لا بطريق الوجوب ولا الجواز... " (١). وما ذكره ابن السبكي لا يقدح في دعوى الإجماع ، لأن للظاهر من أدلة المنكرين أن محل الإنكار إنما هو التعليل بعلة موجبة وباعثة حقيقة لله تعالى على أن يحكم بحكم معين، وليس هذا موضوع الإجماع، وإنما موضوعه: أن الله تعالى شرع أحكامه لحكم ومصالح تعود على العباد. لا على معنى أن تكون هذه الحكم أغراضا باعثة حقيقة له تعالى بحيث يعد مستكملا بغيره، بل على معنى أنها غاية وحكمة مترتبة على فعله وحكمه (٢).

(١) ثم ذكر دليلهم على إنكار التعليل قائلا " وقد قالوا لا يجوز أن تملأ أفعال الله تعالى : لأن من فعل فعلا لفرض كان حصوله بالنسبة إليه أولى سواء كان ذلك المرض يعود إليه أم إلى الغير وإذا كان كذلك يكون ناقصا في نفسه مستكملا في غيره ويتعالى الله سبحانه عن ذلك " انظر الإلهام شرح للمهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

وقد رد على هذا الدليل المذكور لشكري التعليل بأن الحكم والمصالح والغايات للترتبة على أفعال الله بتسريع أحكامه إنما هي راجعة إلى المكلفين فالعباد هم المحتاجون إلى تلك الحكم والمصالح فمن أجل ذلك شرع أحكامه لمصلحة راجعة إلى الخلق ،

(٢) وإذا كان ابن السبكي قد نفى التعليل بالمصالح عن الأغراض وأنواعها ، فإن هذا ليس معناه أنه نفى التعليل بالحكم والمصالح التي ليست بأغراض أو بواعث لأنه قائل بذلك بدل عليه أنه صرح قبل نقضه للإجماع المذكور في المسألة أن أحكام الشرع قد جاءت على وفق مصالح العباد فقال : أننا استقرنا أحكام الشرع فوجدناها على وفق مصالح العباد ، وذلك من فضل الله تعالى وإحسانه لا بطريق الوجوب عليه خلافا للمعتزلة فحيث ثبت حكم وهناك وصف صالح لعلة ذلك الحكم ولم يوجد غيره يعمل عن أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم والعمل بالظن واجب .

انظر : الإلهام شرح للمهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

على أن من أمعن النظر ونبق البحث وجد أنه: لا خلاف في الحقيقة بين متكلمي الأشاعرة القائلين بأن الأحكام الشرعية ليست معالة بالحكم والمصالح وبين الجمهور القائلين بأنها معالة، لأن العلل والبواعث التي قال بها الجمهور: هي المصالح والحكم المترتبة على أحكامه تعالى المقصودة من شرعيتها على سبيل التفضل والإحسان.

وأما البواعث التي أنكرها متكلموا الأشاعرة: فهي العلل والبواعث والأغراض الحاملة للفاعل على الفعل، المستلزمة للنقص في حق الفاعل لاستكمالها بها، وهذا لا يقول به الجمهور قطعا بل ينكرونها إنكارا باتا، إذ الكل متفق على وجوب اتصافه تعالى بالكمال المطلق والاستغناء التام .

فالعلماء جميعا متفقون على نفي الأغراض والعلل عن أحكامه تعالى وأفعاله بمعناها الحقيقي المتعارف في الحوادث ، وعلى إثباتها للأحكام والأفعال بمعنى الحكم والمصالح المترتبة عليها على سبيل التفضل والإحسان.

غاية الأمر: أن الجمهور من الفقهاء يعبرون عن هذه الحكم والمصالح بالعلل والبواعث، ولا يخرجون من هذا التعبير اعتمادا على الأدلة القطعية الدالة على اتصافه تعالى بالكمال المطلق كقوله بإيعاد ظاهره عن الأفهام.

وأما متكلموا الأشاعرة: فإنهم يعبرون عن هذا بالغايات والحكم ويتحاشون التعبير عنها بالعلل والبواعث لما فيه من إيهام المراد^(١).

وإذا كانت حكاية الإجماع على أن الأحكام معجلة بمصالح العباد، لا تتنافى مع ما حكى عن متكلمي الأشاعرة من إنكار التعليل، فهناك مسألة أخرى تتعلق بما تقدم، وهي وجوب تعليل أفعال الله تعالى عند المعتزلة أو منع ذلك عند غيرهم وأرى نقل عبارة الطوفى في هذا المضممار، فإنها على قصرها مفيدة لتصور الآراء في المسألتين، مع تجنب الجدل، والتطويل والمناقشات العقلية الكثيرة.

^(١) ومن الذين اعتصموا برفع الخلاف بين المعتزليين بالتعليل وبين المتكلمين للمكرين له، ابن الحمام الحنفى، فقد حاول تقريب الشقة بقوله: الأقرب إلى التحقيق أن الخلاف لفظى مبنى على معنى المرض. فمن فسره بالمعنى العائدة إلى الفاعل، قال: لا تمل، ولا يبنى، أن يتزاع في هذا. ومن فسره بالمعنى العائدة على العباد، قال: تمل، وكذلك لا يبنى أن يتزاع فيه. وقد مال ابن عاشور - شيا ما - إلى مثل هذا التوفيق فقال: "والسألة تختلف فيها بين المتكلمين باختلاف ما يشبه أن يكون لفظيا. فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن إرادة واختيار، وعلى وفق علمه. وأن جميعها مشتمل على حكم ومصالح. وإنما الخلاف في لما أتوصف بكونها أغراضا وعلا غائية أم لا" ثم نبه على أمر قد يكون هو الخلفية الحقيقية لهذا الإنكار الغريب لتعليل الأحكام، وهو أن المتكلمين قد اضطربوا لهذا الإنكار فراروا من المقولات والالتزامات الاعتزالية، التي تجعل القول بالتعليل مقدمة للقول بوجوب الإصلاح والإصلاح على الله. وقد ذهب الدكتور البوطى إلى توفيق آخر، فقد رأى أن التعليل المقصود في علم الكلام هو غير التعليل الأصولى الفقهى. وهنا فالتعليل الذى هناك هو غير التعليل الذى هنا. قال: "فالعلة التى يتحدثون عنها في علم الكلام، هي العلة التى يقصد بها التلافة، وهي ما يوجب الشئ لذاته ... ولا ريب أنه لا يجب أن ينسب هذا التعليل إلى أفعال الله تعالى بأى حال... أما مراد أهل السنة بالعلة التى يبتدونها للأحكام في بحث الأصول، فهو العلة المسببة التى تبدو لنا كذلك، إذ جعلها الله تعالى موجبة لحكم معين. انظر: تيسر التحرير ج ٣ ص ٣٠٤، ٣٠٥، ونظرة لمقاصد ١٨٨، ١٨٧ قلنا عن تفسير التحرير والتوير للطاهر بمن عاشور ج ١ ص ٣٧٩ - ٣٨١، وضوابط للصحة ص ٩٦، ٩٧ (والنقل بحرف).

قال نجم الدين الطوفي عند بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة التفصيل^(١): "وأما التفصيل ففيه أبحاث :

(١) أما بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة الإجمال ، فقد ذكر - رحمه الله - قوله عز وجل: "يا أيها الناس قد جئناكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين" قل فصل الله وبرحته فيذلك فليبرحوا هو عموما يعمون " ٥٧ ، ٥٨ سورة يونس.

ودلالتها من وجوه: أحدها: قوله عز وجل: لا قد جاءكم موعظة حيث اهتم بوعظهم وفيه أكبر مصلحتهم ، إذ في الوعظ كفهم عن الردى وإرشادهم إلى الهدى.

الثاني : وصف القرآن بأنه شفاء لما في الصدور يعنى من شك ونحوه ، وهو مصلحة عظيمة .

الثالث : وصفة بالهدى .

الرابع : وصمة بالرحمة ، وفي الهدى والرحمة غاية المصلحة

الخامس إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولا يصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

السادس : أمره بإبلاغهم بالفرح بذلك فقوله عز وجل : "مدلك لمبرحوا" هو في معنى التهنية فهم ، والفرح والتهنية إما يكونان لمصلحة عظيمة .

السابع : قوله عز وجل " هو خير مما يجمعون " والذي يجمعونه هو من مصلحتهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصلحتهم ، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة . ثم قال فهذه سبعة أوجه تدل على أن الشارع راعى مصلحة المكلفين واهتم

بها . (المصلحة ونعم الدين الطوفي ص ١٩ ، ٢٠ من ملحق الرسالة) .

البحث الأول:

فى أن أفعال الله عز وجل معللة ^(١) أم لا .

حجة المثبت: أن فعلا لا علة له عبث، والله عز وجل منزّه عن العبث، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو لتعلموا عدد السفين والحساب ^(٢).

وحجة النافى: أن كل من فعل فعلا لعله فهو مستكمل بتلك العلة مالم يكن له قبلها، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره، والنقص على الله عز وجل محال.

وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكره إلا فى حق المخلوقين. والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم، لا بنفع الله عز وجل وكماله لاستغنائه بذاته عما سواه.

البحث الثاني:

أن رعاية المصالح تفضل من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة، واجبة عليه عند المعتزلة.

^(١) أصل هذه المسألة : القول بسجوب الأصلح على الله عند المعتزلة بناء على الحسن والفتح العقلى عندهم ، وأصل الحسن والفتح فرع أن أفعال العباد مخلوقة بقدرة العبد استقلالاً . وقال الأشاعرة لا يجب على الله الأصلح لانتفاء الحسن والفتح ، لأن الأصل في أفعال العباد عندهم أنها مخلوقة لله ، وأفعال العباد من مسائل الكلام وهى أول مسألة وقع فيها الخلاف بين متكلمي الأشاعرة والمعتزلة اختلف فيها وأصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى واعتزله .

^(٢) سورة الاسراء :آية ١٢ .

حجة الأولين: أن الله عز وجل متصرف في خلقه بالملك، فلا يجب عليه شيء، وأن الإيجاب يستدعي موجبا أعلى، ولا أعلى من الله عز وجل.

وحجة الآخرين: أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة فوجب أن يراعى مصالحهم إزالة لعلهم في التكليف، وإلا لكان ذلك تكليفا بما لا يطاق أو شبيها به.

وأجيب عنه: بأن هذا مبنى على تحسين العقل وتقيحه وهو باطل عن الجمهور.

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيث السترم التفضل بها لا واجبة عليه، كما في قوله تعالى: "إنما التوبة على الله" ^(١) "إفإن قبولها واجب منه لا عليه، وكذلك الرحمة في قوله تعالى: "كتب ربكم على نفسه الرحمة" ^(٢) "إفإن الرحمة واجبه منه لا عليه ونحو ذلك" ^(٣) هذا : ونخلص مما تقدم أن من نفى التعليل ومن أثبتته كلهم متفقون على أن المصالح معتبرة في الأحكام، فالأحكام معلة بها، لأن النافي ينفي التعليل الباعث و الحامل للفاعل على أن يحكم بحكم معين، وهذه إحدى المسألتين .

أما وجوب تعليل أفعاله تعالى عند المعتزلة، ومنع ذلك عند الأشاعرة فحاصلها :

^(١) سورة النساء :آية ١٧ .

^(٢) سورة الأنعام :آية ١٢ .

^(٣) انظر المصلحة ونعم الدين الطوفي ص ٢١ ، ٢٢ من ملحق الرسالة .

أنه أسند إلى الأشاعرة منع للتعليل ، فبعضهم فسره باستحالته ، وبعضهم أسند إليهم عدم وجوبه في مقابلة المعتزلة القائلين بالوجوب ، وعلى الأخير يلزم منه أنهم قالوا بجوازه ، وهذا ما عبروا عنه عندهم بالوجوب تفضلا وإحسانا ، وهو معنى قول الطوفى واجب منه . ومن نسب إليهم استحالة التعليل فهمه من أسندالهم بلزوم الاستكمال بالغير ، لأنه يتفرع على الوجوب والجواز معا .

وصرح للماتريدية بأن أفعال الله تعالى كلها معللة بالمصالح لاعلى سبيل الوجوب ، وعمموا فقالوا : إنها معللة سواء ظهرت لنا المصالح أم خفيت علينا .

أما المعتزلة فقد أطلقوا بحكم مذهبهم في جانب الله لفظي الوجوب والغرض ، عملا بمبنيهم : وهو وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله سبحانه ، والواقع : أن المعتزلة لا يريدون الوجوب - أى وجوب رعاية المصالح على الله تعالى - بمعنى القهر ، بل قالوا : إن من حكمة الله تعالى أن لا تخلو أحكامه عن الغرض ، وأرادوا بالغرض الغاية ، وهو متمحض لتكميل للغير ، فهو أمر يتبع الكمال ولا يتبعه الكمال ، وقالوا : إن الباعث له تعالى على الفعل هو محض الجود من الفاعل والرحمة منه ... وقلوا أيضا في للوجوب : بأنه وجوب التواب والجود ، وهذا المعنى الذى أرادوه يساوى ما قاله بعض الأشاعرة والماتريدية وهم الفقهاء : وجوب تفضل وإحسان ، ويدل على إرادة المعتزلة هذا المعنى ما صرحوا به في وجوب الأصلح حيث قالوا : إن قدرة الله لا تتعلق بغير الأصلح ، لأن

تركه بخل يستحيل علي الكريم البالغ نهاية الكرم ^(١)، وقد عبر الكمال بن الهمام عنهم بقوله: " فقولهم: يجب الأصلح كقولنا: يجب ألا يتصف بنقص ويجب وقوع وعده " ^(٢).

ويظهر مما تقدم: أن الكل يقولون برعاية المصالح، وأن أحكام الله تعالى معللة بها، وأن من عبر بوجوب رعاية المصالح كمن عبر برعاية المصالح تفضلاً منه وإحساناً، إذ الجميع متفقون في المعنى، وهو تنزيه الله تعالى عن كل نقص، واتصافه بكل كمال، لأن إسلامهم يمنعمهم أن يصفوا الله بما لا يليق به. وما اشتهر عن المعتزلة إنما هو تحريف في النقل وخطأ في الفهم، ربما كان سببه اختلاط المسلمين بغيرهم ووقوع الدس في الكتب الإسلامية بقصد الهجوم عليهم عن طريق تحريف الآراء. قال ابن القيم: " وما قدروا الله حق قدره " ^(٣) من نفى حقيقة حكمته التي هي الغايات المحمودة المقصودة بفعله. وقال: إن في حكمة الله تعالى قدر ألف آية في كتابه. وقال: محال علي أحكم الحاكمين وأعلم العالمين أن تكون أفعاله عارية عن الحكم والمصالح والغايات الحميدة، والقرآن والسنة والعقول والفطر والآيات شاهدة ببطان ذلك ^(٤).

^(١) انظر: تعليل الأحكام ص ٩٩ وما بعدها ومقاصد الشريعة لفصله الشيخ أنيس عبادة ص ٣١، ٣٢، (والنقل

بحرف).

^(٢) انظر: تنوير التحرير ج ٣ ص ٣٠٥.

^(٣) سورة الزمر: آية ٦٧.

^(٤) انظر: مقاصد الشريعة لفصله الشيخ أنيس عبادة ص ٣٧.

المبحث السابع ابن حزم والتعليل:

إذا كان البعض قد حاول رفع الخلاف بين الجمهور القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، فإنه لا يمكن القول بأن المسألة - في النهاية - أُمست لا خلاف فيها، وكيف نقول ذلك، وهناك جبهة قوية أنكرت التعليل من أساسه بل جعلوه دين إيليس، وهم الظاهرية الذين دافعوا عن التعبد المحض، وعلى رأسهم ابن حزم الظاهري. فذهب الظاهرية إلى أن أحكام الله تعالى لا تعلل بالمصالح إلا إذا نص الشارع على التعليل، فإذا كانت الأحكام لا تثبت إلا بناء عن وجود نص، فكذا التعليل بالمصالح لا يثبت إلا إذا نص عليه. وقد خصص ابن حزم باباً كاملاً من كتابه "الإحكام" لهم فكرة التعليل. قال في عنوانه "الباب التاسع والثلاثون في إبطال القول بالعلل في جميع أحكام الدين" وقد نسب هذا الإنكار إلى جميع الظاهرية قبله فقال: "وقال أبو سليمان^(١) وجميع أصحابه. رضى الله عنهم: لا يفعل الله شيئاً من الأحكام وغيرها لعل أصلاً بوجه من الوجه.... قال أبو محمد: وهذا هو ديننا الذي ندين الله تعالى به، وتدعوا عباد الله تعالى إليه، ونقطع على أنه الحق عند الله تعالى"^(٢).

(١) هو أبو سليمان البغدادي الأصفهاني، فؤاد بن علي الظاهري، الإمام الأول لظاهرية.

(٢) انظر الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ١١١.

واستدل الظاهرية على منزههم - وهو منع التعليل بالمصالح - بما

يأتى:

أولاً: أن الله لا يسأل عما يفعل، والتعليل يوجد مسئولية على الله تعالى وهو منزه عن ذلك بقوله تعالى: " لا يسأل عما يفعل وهم يسألون" (١).

وفى ذلك يقول ابن حزم فى إحكامه: وقد قال الله تعالى واصفا لنفسه: " لايسأل عما يفعل وهم يسألون " فأخبر تعالى بالفرق بيننا وبينه، وأن أفعاله لايجرى فيها لم؟ .. وإذا لم يحل لنا أن نسأله عن شئ من أحكامه تعالى وأفعاله " لم كان هذا " فقد بطلت الأسباب جملة، وسقطت العلل ألبة إلا ما نص الله تعالى عليه أنه فعل أمر كذا لأجل كذا، وهذا أيضا مما لايسأل عنه، فلا يحل لأحد أن يقول : لم كان هذا للسبب لهذا الحكم ولم يكن لغيره ؟ ولا أن يقول: لم جعل هذا الشئ سببا دون أن يكون غيره سببا أيضا، لأن من فعل هذا السؤال، فقد عصى الله عزوجل، وألحد فى الدين، وخالف قوله تعالى: (لايسأل عما يفعل) فمن سأل الله عما يفعل فهو فاسق...." (٢)

ويرد على ابن حزم: بأنه اعتبر البحث عن علة للنصوص فى الشريعة، كالبحث عن علة فعله تعالى، فكما لايجوز أن نسأل : لم فعل كذا ؟ فلا يجوز أن نسأل: لم نص على كذا؟ وهذا قياس مع الفارق، لأن البحث عن علل النصوص فى الشريعة ومقاصدها، إنما هو لمعرفة

(١) سورة الأنبياء: ٢٣.

(٢) انظر : الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٠ .

المراد منها والمطلوب فيها، وقصد الشارع من الحكم الذي اشتمل عليه النص، ولا يدرك ذلك إلا المجتهد، فهو الذي يستطيع أن يتحرى الدقة لمعرفة العلة في الحكم المنصوص عليه، ويعديه إلى غير المنصوص عليه، أورد الجزئي إلى قاعدته الكلية لينفذ إرادة الشارع في كل ما يتحقق فيه معنى النص وغايته على الوجه الأكمل، وذلك واجب في الدين لا ممنوع، لأن النصوص تنتهي والحوادث لا تنتهي، ولا يمكن أن ينص على كل جزئية تحدث، وإنما ينص على مبادئ عامة وأحكام كلية يندرج تحتها ما لا يحصى من الجزئيات فالعلة هي نقطة الاتصال بين المنصوص عليه وغير المنصوص في عملية القياس، فكيف لا نبحث عنها؟

إن فالببحث عن العلة إنما هو من أجل تطبيق شرع الله، ومن أجل الاعتبار الذي أمرنا به في قوله سبحانه: "فاعتبروا يا أولي الأبصار" ^(١) ومنه لنا رسول الله ﷺ عملاً باجتهاده، وقولاً بما ورد في حديث معاذ، فكيف يكون البحث عن العلة استطالة على مقام الألوهية، وهو في نفس الوقت توضيح لعظمة التشريع الإلهي والإعجاز الرباني. كما أن من يبحث عن علل النصوص لتحقيق أهدافها، ليجعل الله سبحانه وتعالى مسئولاً، إنما ليحقق مسئولية العباد بمقتضى النصوص في أوسع مدى وأبعد غاية، وفرق بين الأمرين عظيم جداً. أما السؤال عن فعله سبحانه وتعالى، فهو استطالة على مقام الربوبية، وليس لأحد سلطان بجوار سلطانه إنه مالك الملك ذو الجلال والإكرام، فليس لأحد أن

^(١) سورة الحشر: آية ٢.

يستطيع فيسأل عن علة أفعاله تعالى ، لأنه الحكيم العليم اللطيف الخبير^(١).

ثانياً: واستدل أيضاً بقوله تعالى حاكياً عن إيليس إذ عصى وأبى عن السجود: " أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين " (٢) فقد فضل إيليس نفسه على آدم معللاً ذلك بأنه خلق من نار وآدم من طين، والنار خير من الطين، ويتعليله هذا وقع في المعصية، فكان التعليل مخالفاً للدين، ولو كان مشروعاً لقبل تعليله.

ويرد على ابن حزم: بأن عدم قبول التعليل من إيليس ليس لأن التعليل في الأصل باطل كما ظن ابن حزم، ولكن لأن إيليس علل تعليله باطلاً ، حيث جعل أساس التفضيل هو العنصر الذي كان منه التكوين، ونسى أن التفضيل من الخلاق العليم ، وقد فضل آدم، فلا محل بعد ذلك للنظر إلى أصل التكوين ، لكنه رفض السجود وطعن في الحكم، وعسل بما يفيد أن الله تعالى ظالم إذ فضل عليه من هو دونه، ولهذا كان تعليله باطلاً (٣).

ثالثاً: واستدل أيضاً بأن الله عز وجل حكى عن قوم من أهل الاستخفاف أنهم قالوا إذا أمروا بالصدقة: " أنطعم من لو يشاء الله أطعمه " (٤)

(١) انظر: ابن حزم لفظة الشيخ أبي زهرة ص ٣٩٤ وما بعدها، وتاريخ الذاهب الفقيه له أيضاً ص ٤٣٠، ٣٤١، والمصالح للمرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي للزميل الدكتور - رمضان هيني ص ٥٤ رسالة دكتوراه بكلية الشريعة القاهرة .

سورة ص (٧٦)

(٢) انظر الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٩ .

(٣) انظر: للمصالح للمرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٥٧ .

(٤) سورة هـ: آية ٤٧ .

فهذا إنكار منه تعالى للتعليل، لأنهم قالوا: لو أراد الله تعالى إطعام هؤلاء لأطعمهم دون أن يكلفنا نحن إطعامهم وهذا نص لاختفاء به، على أنه لا يجوز تعليل شئ من أوامره، وإنما يلزم فيها الانقياد فقط، وقبولها على ظاهرها (١).

ويرد عليه بأن الاستتكار ليس على أصل التعليل، فأصل التعليل ليس باطلا، وإنما الاستتكار في أن المشركين عللوا تعليلًا باطلا، حيث إنهم عللوا رفضهم التكليف بالإطعام بأن الله تعالى قادر على إطعامهم إذا شاء، فجعلوا قدرة الله تعالى على الإطعام علة للمنع وعدم العطاء، فكان تعليلهم باطلا، لأنه يدل على عصيانهم لأوامره، وطعنهم في تكليفه لهم بما يستطيع هو أن يفعله. فسؤالهم كان إبطالا للتكليف وليس تعليلًا للتكليف (٢).

وبعد: هذه الوقفة مع أهم ما ذكره ابن حزم في إنكار التعليل والرد عليه، لا يسعنا إلا أن نقول: إن مذهب ابن حزم - والظاهرية على وجه العموم - ينطوي على مغالطة فاحشة، حيث إنه يحرم ويفسق كل تساؤل عن مقاصد الشارع وأسرار الشريعة، ويضرب بيد من حديد على كل باحث عن حكم الشريعة وعلل أحكامها. وهو بهذا يغلق الباب على ما يسميه الأصوليون "مسالك التعليل" باستثناء مسلك النص في ظاهره.

(١) انظر الإحكام لابن حزم ج ٨ ص ١١٣٩.

(٢) انظر: ابن حزم لفظة الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٠٧.

المبحث الثامن

تصحيح مانسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل

أ- ذكر الزنجاني في كتابه : " تخريج الفروع على الأصول " عن إمامه الشافعي رضي الله عنه وعن جماهير أهل السنة ، أنهم قالوا بعدم التعليل برعاية المصالح ، وأن الأحكام الشرعية أثبتّها الله سبحانه تحكما وتعبدًا غير معللة.. " ثم قال : وما يتعلق بها من مصالح العباد ، فذلك حاصل ضمنا ، وتبعًا لا أصلا ومقصودا ، إذ ليست المصلحة واجبة الحصول في حكمه .

ثم نسب إلى الحنفية أنهم قالوا بالتعليل فقال عنهم : " وذهب المنتمون إلى أبي حنيفة رضي الله عنه من علماء الأصول ، أن الأحكام الشرعية شرعها الله معللة بمصالح العباد لا غير " ^(١) . ويعد أن أسند الزنجاني - رحمه الله - عدم التعليل للإمام الشافعي ، والقول به للحنفية ، ذكر بعض الفروع التي عللها ولم يعللها الشافعي قائلا : " وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول : الشافعي رضي الله عنه حيث رأى أن التعبد في الأحكام هو الأصل غلب احتمال التعبد ، وبنى مسائله في الفروع عليه . وأبو حنيفة رضي الله عنه حيث رأى أن التعليل هو الأصل بنى مسائله في الفروع عليه ، فتفرع عن الأصوليين المذكورين مسائل " أذكر بعضها :
منها : أن الماء يتعين لإزالة النجاسة عند الشافعي رضي الله عنه ، ولا يلحق غيره به تغليبا للتعبد .

^(١) انظر : تخريج الفروع الأصول للزنجاني ص ٤ وما بعدها بتحقيق الدكتور فؤاد صاخر .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يلحق به كل مانع ظاهر مزيل للعين والأثر تغليباً للتعليل:

ومنها: أن جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عند الشافعي رضي الله عنه تغليباً للتعبد بترجيح الاجتناب على الاقتراب. وعندهم: يطهر تشوفاً إلى التعليل.

ومنها: أن زكاة مالا يؤكل لحمه لا يفيد طهارة الجلد عندنا مراعاة للتعب، كما في زكاة المجوس وبخاصة اللحم من هذا الذبيح، وعندهم: يطهر تشوفاً إلى تعليل الطهارة بسفح الدم والرطوبات المتعفنة^(١).

وهناك مسائل أخرى ذكرها الزنجاني تفريعاً على الأصوليين السابقين.

غير أنني أقول: إن الزنجاني نسب إلى الإمام الشافعي وجماهير أهل السنة القول بعدم التعليل دون أن يقدم أى دليل على ذلك، نعم أورد بعض الفروع، غير أنها لا تدل في شيء على إنكار التعليل جملة، بل إن الزنجاني قنم لنا - وفي نفس الكتاب - ما ينقض دعواه هذه، فقد نسب للإمام الشافعي تعليل شرعية الزكاة تعليلاً مصلحياً، وأن معنى العبادة فيها تبع فقال: "معنقد الشافعي رضي الله عنه أن الزكاة منونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء، بقرابة الإسلام، على سبيل المواساة. ومعنى العبادة تبع فيها، وإنما أثبتته الشرع نزغياً في أذانها، حيث كانت

(١) انظر التفرع الثاني ص ٦٧.

النفوس مجبولة على الضنة والبخل، فأمر بالتقرب إلى الله تعالى بها،
ليطمع في الثواب، ويبادر إلى تحقيق المقصود^(١).
هذا عن الإمام الشافعي، وأما عن جماهير أهل السنة، فالأمر
أوضح في الادعاء المحصن، وما تقدم فيه الكفاية للرد عليه.

ب- موقف الإمام الرازي:

ذكر الشاطبي رحمه الله أن الإمام الرازي أنكر التعليل إنكاراً باتاً،
وتابعه في هذه المقولة كثير ممن جاءوا بعده، نقال في مقدمة كتاب
المقاصد: " وزعم الرازي أن أحكام الله ليست معللة بعلّة أثبتة كما أن
أفعاله كذلك " ثم قال: " والمعتمد إنما هو أننا استقرأنا من الشريعة أنها
وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازي ولا غيره " (٢).
فالشاطبي لم يسم من المنكرين للتعليل أحداً غير الرازي، ثم جعل إنكاره
للتعليل باتاً وشاملاً لأفعال الله وأحكامه، ولم يتعرض لموقف ابن جزم
الذي كان يستحق أن نقال عنه العبارة التي قالها عن الرازي، مع أن ابن
جزم قد خصص باباً كاملاً لهم فكرة التعليل كما ذكرت سابقاً.
وموقف الرازي من التعليل، ينبغي أن يؤخذ من خلال كتاباته
الأصولية وفي دائرة مذهبه الأصولي.

فالرازي من أهل القياس، ولا قياس بدون تعليل، بل مدار القياس
على التعليل في كل شيء. وأبرز ما يتجلى فيه موقف الرازي الواضح من
التعليل، هو كلامه على "ممالك العلّة وبالذات على "ممالك المناسبة"

(١) انظر المرجع السابق ص ٤٢.

(٢) انظر: الموافقات جـ ٢ ص ٦.

وذلك في كتابه وموسوعته الأصولية " المحصول " حيث يقول: "المناسبة
تفيد ظن العلية والظن واجب العمل به".

بيان الأول من وجهين :

الأول: أن الله تعالى شرع الأحكام لمصلحة العباد، وهذه مصلحة،
فيحصل ظن أن الله تعالى إنما شرعه لهذه المصلحة.

فهذه مقدمات ثلاث لابد من إثباتها بالدليل:

أما المقدمة الأولى " فالدليل عليها من وجود:

لأولها: أن الله تعالى خصص الواقعة المعينة بالحكم المعين لمرجح، أ ولا
مرجح.

للقسم الثاني باطل، وإلا لزم ترجيح أحد الطرفين علي الآخر لا
لمرجح، وهذا محال، فثبت القسم الأول.

وذلك المرجح إما أن يكون عائدا إلى الله تعالى أو إلى العبد..

والأول باطل بإجماع المسلمين، فتعين للثاني. والعائد إلي العبد إما
أن يكون مصلحة العبد أو مفسدته، أو مالا يكون لا مصلحته ولا مفسدته.

والقسم الثاني والثالث باطلان باتفاق العقلاء، فتعين الأول، فثبت

أنه تعالى إنما شرع الأحكام لمصالح العباد.

وثانيها: أنه تعالى حكيم بإجماع العلماء، والحكيم لا يفعل إلا لمصلحة،

فإن من يفعل لا لمصلحة يكون عابثا، والعبث على الله تعالى

محال ، للنص والإجماع والمعقول... فثبت أنه تعالى شرع

الأحكام لمصالح العباد....

وثالثها: أن الله تعالى خلق الأئمة مكرما لقوله تعالى: ولقد كرمنا بني آدم ^(١) ومن أحدا ثم سعى في تحصيل مطلوبة، كان ذلك السعى ملائما لأفعال العقلاء، مستحسنا فيما بينهم- فإذن: ظن كون المكلف مكرما- يقتضى ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

ورابعها: أن الله تعالى خلق الأئمة للعبادة لقوله تعالى: "وما خلقت الجن والإانس إلا ليعبدون" ^(٢) والحكيم إذا أمر عبده بشئ- فلا بد وأن يزيح عذره وعلته، ويسعى في تحصيل منافعه . ودفع المضار عنه، ليصير فارغ البال ، فيتمكن من الاشتغال بأداء ، ما أمره به، والاجتناب عما نهاه عنه، فكونه مكلفا يقتضى ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

وخامسها: النصوص الدالة على أن مصالح الخلق ودفع المضار عنهم مطلوب الشرع. قال تعالى: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" ^(٣)، وقال: "خلق لكم مافي الأرض جميعا" ^(٤) وقال: "وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه" ^(٥)، وقال: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" ^(٦).

^(١) سورة الإسراء: آية ٧٠.

^(٢) سورة الفاربات: آية ٥٦.

^(٣) سورة الأنبياء: آية ١٠٧.

^(٤) سورة الطه: آية ٢٩.

^(٥) سورة البقرة: آية ١٣.

^(٦) سورة الحج: آية ٧٨.

وقال رحمه الله: "بعثت بالحنيفية السهلة السمحة" ^(١) وقال: "لا ضرر ولا ضرار" ^(٢)

وسلمها: أنه وصف نفسه بكونه رؤوفاً رحيماً، وقال: "ورحمتي وسعت كل شيء" فلو شرع ما لا يكون للعبد فيه مصلحة، لم يكن ذلك رافة ورحمة .

ثم عقب على الوجوه الممتة بقوله : لا فهذه الوجوه الستة دالة على أنه تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصلحة العباد " ^(٣)

ثم واصل الرازي بعد ذلك دفاعه عن التعليل ، وفند كل ما يمكن الاعتراض به في المسألة وانتهى إلى القول: "انعقد الإجماع على أن الشرائع مصالح إما وجوباً كما هو قول المعتزلة أو تفضلاً كما هو قولنا" ^(٤).

هذا هو موقف الرازي من التعليل بالمصلحة ، موقف مؤيد بقوة ووضوح ، فهل يعقل أن ينسب إليه بعد ذلك أنه منكر للتعليل ويصنف مع الظاهرية .

وأما ما نقل عنه من أنه أنكر التعليل بالمصلحة والمفسدة، أو قال بذلك كما صرح في المعالم ^(٥) - فقلعه قال ذلك لعدم انضباطها، لا بكون

^(١) الحديث أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، كما أخرجه الخطيب في تاريخه عن جابر رضي الله عنه انظر : الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ ٢ ص ٧ .

^(٢) سبق شرحه .

^(٣) انظر : المحصول للرازي جـ ٢ ق ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها .

^(٤) انظر : المرجع السابق جـ ٢ ق ٢ ص ٢٩١ .

^(٥) انظر : نهاية السؤل جـ ٣ ص ٥٨ .

أحكام الله غير معلة في حقيقتها بجلب المصالح ودرء المفاسد، فكلامه المتقدم قاطع في أنه يعتبر المصلحة أو المفسدة هي العلة الحقيقية الأصلية للحكم.

ومما يؤكد أن هذا هو مذهب الرازي، ما أورده ابن القيم - رحمه الله - وهو بصدد الرد على منكرى التعليل والقياس بعد أن عرض أدلتهم " وقد اختلفت أجوبة الأصوليين... بحسب أفهامهم ومعرفتهم بأسرار الشريعة ، فأجاب ابن الخطيب ^(١) - يقصد الإمام الرازي - بأن قال: غالب أحكام الشريعة معلة برعاية المصالح المعلومة والخصم إنما يبين خلاف ذلك في صورة قليلة جدا ، وورود الصورة النادرة على خلاف الغالب لا يقدح في حصول الظن ، كما أن الغيم الرطب إذا لم يمطر نادرا لا يقدح في نزول المطر منه " ^(٢).

وأخيرا وبعد العرض السابق لمسألة التعليل، أستطيع أن أقرر باطمئنان، أنه ليس هناك حكم شرعي إلا ويجوز التساؤل عن حكمته، كما يجوز البحث عنه - بعد ذلك - بكل ماهية الله لنا من وسائل البحث والعلم ، فإذا وصلنا إلى شئ مما تشهد له الأدلة المعتمدة قلنا به، وإن لم نصل، سلمنا بحكمة الله أيا كانت، والبحث مستمر، والعلم لاحد له، وقد أمرنا الله بالتدبر والتفكير، وأمرنا بالنظر والتفكر، سواء في دينه وشرعته، أو في خلقه وملكوته، فقد قال سبحانه: " أفلا يتدبرون القرآن " ^(٣) مثلما

^(١) هو الإمام الرازي وهو معروف بهذا الاسم نسبة إلى أبيه الذي كان خطيب مدينة الري الفارسية . انظر المنهاج المسير

ج ٢ ص ٤٨ والأعلام ج ٧ ص ٢٠٣ .

^(٢) انظر : إعلام الموقعين ج ٢ ص ٧٥ .

^(٣) سورة النساء : آية ٨٢ .

قال: "أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت وإلى السماء كيف رفعت وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت" (١).

فلا بد من التساؤل والبحث ما أمكن عن المصالح الدينية والدنيوية التي تنطوي عليها الأحكام الشرعية، لفهمها ونطبقها في ضوء مصالحها ومقاصدها ولنهتدي بمعرفة تلك المصالح والمقاصد فيما لم ينص عليه. يقول العلامة ابن عاشور: "وجملة القول: أن لنا اليقين بأن أحكام الشريعة كلها مشتملة على مقاصد، وهي حكم ومصالح ومنافع. ولذلك كان الواجب على علمائنا تعرف علل التشريع ومقاصده ظاهرها وخفيها" (٢).

وكما أن من لا يؤمن بقوانين الكون وإطرادها واستقرارها وكمالها وبقائها، لا يمكن أن يتقدم في أي علم من العلوم المادية، فكذلك من لا يؤمن بحكمة التشريع الشاملة، وبقوانينه للمطردة، وبقواعده المضبوطة، لا يمكن أن يتقدم في علوم الشريعة أبداً (٣).

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

(١) سورة الفاتحة: من ١٧ - ٢٠.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٤٨.

(٣) نظرية المقاصد ص ٢٠٦، ٢٠٧.

فهرست الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٨٠٤	خطة البحث العامة
٨٠٥	المبحث الأول : تعريف التعليل لغة واصطلاحاً
٨٠٧	المبحث الثاني : منهج القرآن في التعليل
٨١٠	المبحث الثالث : منهج السنة في التعليل
٨١٦	المبحث الرابع : منهج الصحابة في التعليل
٨٢٧	المبحث الخامس : منهج التابعين وتابعيهم في التعليل
٨٣٢	المبحث السادس : التعليل في عصر تأليف الأصول
٨٤٣	المبحث السابع : ابن حزم والتعليل
٨٤٨	المبحث الثامن : تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء وأنهم أنكروا والتعليل
٨٥٦	فهرس الموضوعات



مطبعة إيجيبت كوي سنتر - ش المحافظة - أسيوط

ت: ٣١٨٤٦١

العدد الثاني عشر - الجزء الأول

١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م